

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

NICOLE PILAGALLO DA SILVA MADER GONÇALVES

**A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS
EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do curso de Bacharelado em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Paraná

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2006

NICOLE PILAGALLO DA SILVA MADER GONÇALVES

**A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS
EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do curso de Bacharelado em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Paraná

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2006

SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
INTRODUÇÃO.....	01
1.NATUREZA DA NORMA INCONSTITUCIONALIDADE: UMA PREMISSE FUNDAMENTAL.....	05
1.1 Um breve conceito de inconstitucionalidade.....	05
1.2 Inconstitucionalidade e planos da existência, validade e eficácia do ato jurídico	09
1.3. A nulidade e a anulabilidade da lei inconstitucional.....	14
1.4 Natureza das sentenças de inconstitucionalidade.....	19
2. HISTÓRICO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	24
2.1 Os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no sistema norte-americano	25
2.2 Os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no sistema austríaco.....	31
2.3 Os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no sistema brasileiro.....	34
3. A LEI Nº. 9.868/99 E AS POSSIBILIDADES DE MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	43
3.1. A manipulação dos efeitos da decisão e o art. 27: possibilidades.....	45
3.1.1 a lei ainda constitucional e o apelo ao legislador.....	53
3.1.2 a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.....	59
3.2 O efeito repressinatório das decisões de inconstitucionalidade.....	68
3.3 O efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade proferidas em ADIs.....	73
3.4 Os efeitos temporais das decisões liminares em sede de ADI.....	81
3.5 Os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade proferidos em sede de ADC e ADPF	85
4. OS LIMITES MATERIAIS PARA A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA EM SEDE DE ADI.....	91
4.1. A segurança jurídica	96
4.2 O excepcional interesse social.....	104
4.3 O papel do Supremo Tribunal Federal na restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	112

4.4. Os efeitos no plano normativo e no plano normado.....	118
4.5 A manipulação dos efeitos temporais em vista da tutela dos direitos fundamentais.....	123
4.5.1 Casos de direito tributário.....	128
4.5.2 A polêmica acerca da coisa julgada inconstitucional.....	131
4.5.3 A declaração de inconstitucionalidade e as sentenças penais transitadas em julgado.....	139
5. A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO.....	141
5.1 Portugal.....	142
5.2 Espanha.....	144
5.3 Itália.....	146
5.4 Alemanha.....	147
CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	162

RESUMO

Os efeitos temporais das decisões que declaram a lei inconstitucional são determinantes para a tutela dos direitos fundamentais. O presente trabalho analisa em que consiste a inconstitucionalidade, quais os meios para saná-la e como evitar que os efeitos da extirpação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico não acarretem danos irreparáveis para a esfera de direitos fundamentais dos cidadãos que constituíram atos ou relações jurídicas com fundamento na lei inconstitucional. O histórico de como os sistemas de controle de constitucionalidade norte-americano e austríaco enfrentaram a questão auxilia a compreender a consagração da teoria da nulidade da lei inconstitucional na ordem jurídica brasileira. Na consequência, demonstra-se como razões de ordem prática levaram parte da doutrina e da jurisprudência a tecer severas críticas à nulidade da lei inconstitucional, exigindo que a teoria se adapte com a realidade. O resultado é o artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, que permite a adoção de efeitos temporais alternativos à retroatividade e, com isso, incentiva a reflexão sobre aplicação de técnicas de decisão como a *lei ainda constitucional* e o *apelo ao legislador*. Todavia a inovação legislativa não é unânime na doutrina, razão pela qual se apresentam algumas críticas feitas ao art. 27, em especial os efeitos *pro futuro*. Ainda sobre a restrição dos efeitos temporais destacam-se a aplicação da represtinação, a sua manipulação em sede de liminar, a sua relação com o efeito vinculante e sua adoção na ADC e na ADPF. Ressalta-se que o artigo 27 é um mecanismo de ponderação de valores que pode ser utilizado mediante razões de excepcional interesse social e segurança jurídica, o que exige o exame desses conceitos jurídicos. A definição da natureza jurídica do STF também se torna fundamental para confirmar o seu comprometimento com os direitos fundamentais no momento da manipulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade. Pela mesma razão é preciso distinguir os efeitos que alcançam o plano normativo e os que atingem o plano da normado com parâmetro nas fórmulas de preclusão e na tutela dos valores constitucionais em conflito. Os efeitos temporais a serem aplicados dependerão do resultado da ponderação de interesses atingidos pela declaração de inconstitucionalidade. Por isso, a ponderação dos efeitos temporais da declaração da inconstitucionalidade é

essencial para a construção de ordem jurídica menos teórica e mais justa, fato que se comprova com o estudo do direito comparado.

INTRODUÇÃO

A construção de uma ordem constitucional mais efetiva e protetora dos direitos e garantias fundamentais exige que sejam desenvolvidos dentro dos limites do sistema jurídico técnicas de interpretação e decisão que se conformem à realidade da sociedade pós-positivista, caracteriza pela construção de relações complexas e dinâmicas.

Por isso, mais do que nunca, a reflexão acerca de certos postulados de interpretação e aplicação do Direito Constitucional merecem especial atenção. É justamente o caso do princípio da nulidade da lei inconstitucional, que durante um longo período legitimou a retroatividade das decisões que declaram a inconstitucionalidade, conduzindo ao desfazimento de todos e atos e relações jurídicas constituídos sob a égide da lei inconstitucional.

Esse trabalho pretende analisar os fundamentos teóricos que sustentam a nulidade da lei inconstitucional em contraposição aos que defendem a sua anulabilidade, verificando quais as implicações da opção, por uma ou por outra, para a determinação dos efeitos temporais decorrentes das declarações de inconstitucionalidade em sede de ADI. A partir de então, buscar-se-á: verificar a legitimidade do artigo 27, identificar as hipóteses por nele contidas, compreender a importância e a operacionabilidade de seus requisitos materiais e, em especial, saber se a regra configura-se ou não como um mecanismo para a tutela dos direitos fundamentais eventualmente sujeitos a violação decorrente de decisões de inconstitucionalidade retroativas.

Para a uma visão mais aproximada da questão central deste trabalho, acredita-se que é imprescindível o exame de certos elementos que permeiam toda a discussão, mas que, antes de mais nada, configuram-se como seus pressupostos. Por essa razão, deve-se ter claro o que é *inconstitucionalidade*, em que plano jurídico da norma ela se encontra, quais as sanções que podem ser aplicadas à inconstitucionalidade para a preservação da integridade do ordenamento jurídico e, por fim, qual é a natureza da sentença que acusa a norma de inconstitucionalidade.

Respondidas as questões que servem de alicerce para um bom encaminhamento do raciocínio, faz-se mister que se distingam os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade nos dois sistemas de controle de

constitucionalidade de maior destaque do mundo ocidental: o norte-americano e o austríaco. Uma vez que nascem de matrizes teóricas não apenas distintas, mas na grande maioria das vezes antagônicas, o estudo dos efeitos temporais da inconstitucionalidade em ambos os sistemas é de importância extrema, devendo ser observada, principalmente, as questões que tratam da sua evolução.

Somente após esta análise é que se poderá adentrar no estudo dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. A princípio é relevante a compreensão da origem e da história da teoria da nulidade da lei inconstitucional no direito pátrio. Assim, deve-se procurar identificar quais os fundamentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência brasileira na defesa da nulidade da lei inconstitucional e por que motivos surgiram opiniões dissonantes que acabaram resultando na formulação do art. 27 da Lei nº. 9.868/99.

Pode-se dizer que o tema central do trabalho será analisado a partir do exame do impacto que o artigo 27 teve na doutrina e na jurisprudência, de modo que, desde logo, serão apresentados os argumentos *pró* e *contra* a inserção do referido artigo na ordem jurídica brasileira.

Em seguida, serão apontadas quais as alternativas que o artigo 27 trouxe para a determinação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade; destacando-se os efeitos *ex nunc*, *pro futuro* e a declaração de inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade*. Dentre essas, dar-se-á especial atenção para os efeitos *pro futuro*, que além de ser o maior alvo de críticas da doutrina, também é frequentemente confundido com as técnicas de decisão da *lei ainda constitucional* e com o *apelo ao legislador*. Nesse ponto, aproveita-se para fazer uma breve análise de cada uma dessas técnicas, buscando demonstrar a viabilidade de sua aplicação ao direito pátrio.

Ainda quanto às possibilidades do artigo 27, abre-se espaço para que se compreenda a coerência de uma declaração de inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade* e qual a sua utilidade, em especial para os casos de concessão de benefícios decorrentes da isonomia e para as situações constitucionais imperfeitas.

Tendo em vista que o objeto do trabalho é o exame dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade proferidas em ADI, não se pode restringir o estudo apenas as hipóteses albergadas pelo artigo 27. O trabalho deve ser complementado com a análise da represtinação da lei inconstitucional, com as

consequências que a consagração da ambivalência entre a ADC e a ADI podem surtir para a determinação dos efeitos temporais, com os efeitos temporais das decisões e com uma breve comparação entre os efeitos temporais da ADI com os efeitos temporais emanados em ADC e ADPF.

Superado o exame das possibilidades de efeitos temporais admitidas pelo art. 27, o trabalho encerra sua primeira etapa e parte para o estudo das condições necessárias para que a manipulação dos efeitos temporais se efetive legitimamente e seja mais uma mecanismo de defesa dos direitos fundamentais.

Primeiramente, abre-se espaço para uma retomada da reflexão sobre a necessidade do art. 27 para a manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Feito isso, os esforços destinam-se a verificar qual é o mecanismo adotado pelo art. 27 para a restrição dos efeitos da lei inconstitucional. Para tanto é imprescindível o estudo dos limites materiais apresentados pelo artigo: o excepcional interesse social e a segurança jurídica. Busca-se precisar em que consistem esses conceitos e em que situações práticas a presença de um ou de outro autorizam a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade.

Diante da dificuldade interpretativa que ditos conceitos podem assumir na prática, ressalta-se a responsabilidade que o Supremo Tribunal Federal assumirá para identificar suas ocorrências. Por essa razão, é importante que se determine qual a natureza da atuação do STF no momento de decidir se deve ou não manipular os efeitos temporais de sua declaração. A preocupação é ter uma definição cristalina da atuação do STF, ou seja, saber se o espaço concedido pelo art. 27 destina-se a uma atuação jurídica ou política, se é discricionária ou vinculada.

Definidas os possíveis efeitos temporais aplicáveis às declarações de inconstitucionalidade, os requisitos que devem estar presentes para legitimá-las, o mecanismo empregado pelo art. 27 para alcançar a decisão mais justa e a natureza do comprometimento que o STF tem com determinação dos efeitos da inconstitucionalidade, é interessante que seja esclarecido que as consequências da decisão no plano normativo, do ordenamento abstrato, nem sempre são, e nem sempre devem ser, idênticas as que se verificam no plano normado, isto é, para os atos singulares e concretos.

Enfim, destaca-se a importância do artigo 27 para a tutela dos direitos fundamentais, apontando-se situações que ocorrem com frequência em diferentes

campos da ciência jurídica - como no direito tributário, processual civil e penal – e são diretamente atingidas pela determinação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade.

Antes de concluir, apresenta-se um breve apanhado dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade no direito comparado, buscando verificar se ocorreu e, em sendo a resposta afirmativa, como ocorreu o movimento de flexibilização dos efeitos temporais da lei inconstitucional. Adiciona-se a isso a expectativa de aprimorar a compreensão e o conhecimento sobre as diferentes técnicas de decisão que afetam os efeitos temporais.

Seguindo essa linha de raciocínio, pretende-se compreender a revelância da introdução do art. 27 na ordem jurídica pátria e o potencial de sua eficácia para a tutela dos direitos fundamentais e para a construção de um ordem jurídica mais efetiva e que, antes de mais nada, esteja em harmonia com as expectativas dos cidadãos e a circunstâncias da vida.

1. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE¹: UMA PREMISSA NECESSÁRIA

Antes de tratar do cerne da questão que deste trabalho pretende apresentar, faz-se mister compreender em que consiste o elemento **inconstitucionalidade**. Para tanto, será feita uma rápida incursão em dois temas pertencentes à teoria geral do direito e um tema do processo civil. Destaca-se que não será feito aqui um estudo profundo sobre esses pontos-chaves tratados por toda doutrina que se dispõe a analisar a declaração de inconstitucionalidade. Por isso, apresentar-se-á somente aquilo que se revela imprescindível para o desenvolvimento do tema central desta monografia: a manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por ação.

1.1 UM BREVE CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Compreender em que consiste a inconstitucionalidade é requisito básico para a análise dos efeitos de sua declaração, razão pela qual muitos se dedicaram ao seu estudo. Para JORGE MIRANDA, “...constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que lhe está ou não conforme, com o que ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido.”²

Partindo da análise da unidade e coerência lógica do ordenamento jurídico, KELSEN explica que “...a constitucionalidade de uma lei, é formulada em termos gerais, a questão a saber é se o ato que surge com a pretensão de criar uma norma está de acordo com a norma superior que determina a sua criação ou ainda o seu

¹ BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. Saraiva. São Paulo, 2006. p. 03.

² MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 06-07.

conteúdo³. Sob o mesmo prisma, JOSÉ AFONSO DA SILVA analisa a inconstitucionalidade, concluindo que esse vício de incompatibilidade “não pode perdurar porque, contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.”⁴

Nesse sentido, entende OSWALDO LUIZ PALU que “...a inconstitucionalidade reside no antagonismo e na contrariedade do ato normativo inferior (legislativo ou administrativo) com vetores da Constituição estabelecidos em suas regras e princípios.” No entanto, o autor destaca que a relação de incompatibilidade ou compatibilidade vertical, isto é, da norma inferior com a norma superior deve ser apreciada não apenas pelo aspecto lógico-formal, mas também pelo seu caráter normativo-valorativo⁵.

Tal característica da norma inconstitucional é destacada por REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, ao conceituar a inconstitucionalidade como resultado de um “conflito ou confronto de um comportamento de uma norma, ou de um ato com a Constituição, e isso difusível de uma relação de caráter, puramente normativo e valorativo.”⁶ Ou então, nas palavras de CÁRMEM LÚCIA ANTUNES DA ROCHA, pode-se afirmar que a inconstitucionalidade será verificada sempre que houver um desacato à expressão ou ao espírito da Constituição.⁷

Sob essas perspectivas, em resumo, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE diz que “a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou vários vícios) pode ser conceituada como desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou de seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional.”⁸

Partindo dos argumentos expostos pelos autores supracitados, é inegável que a inconstitucionalidade é consequência da afirmação da supremacia da

³ Kelsen, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de: João Baptista Machado. 2ª. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1987. p. 292.

⁴ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 47.

⁵ PALU, O. L. **Controle de Constitucionalidade – conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001. p. 69.

⁶ FERRARI, R.M. M. N., **A Eficácia das Decisões de Inconstitucionalidade**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72-73.

⁷ **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1991. p. 99.

⁸ CLÈVE, C. M. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª. ed. 2º. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

Constituição sobre os atos normativos, ou seja, que a Constituição é lei fundamental da ordem jurídica e que norma para ser válida precisa buscar seu fundamento de validade na norma superior. Assim, adverte RONALDO POLETTI que

A doutrina da inconstitucionalidade repousa na oposição entre a lei e a Constituição, antinomia meramente aparente, pois a supremacia da Constituição a resolve. Não se poderá, por isso, atribuir à lei “inconstitucional” uma eficácia transitória enquanto não fulminada pela presença judicial. Isto seria negar, durante o tempo em que não houve a declaração de inconstitucionalidade, a autoridade da Constituição.⁹

A esse raciocínio, acrescenta-se a afirmativa de MARCELO REBELO DE SOUSA de que “uma consequência primária da inconstitucionalidade é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia de Constituição não existiria.”¹⁰ Seria então a inconstitucionalidade um mecanismo de defesa da ordem jurídica que busca apontar a incompatibilidade, formal ou material, da norma com a lei fundamental, protegendo, deste modo, o princípio da supremacia da Constituição.

A inconstitucionalidade pode derivar de uma ação ou omissão que ofenda, total ou parcialmente, a Constituição, mas sempre verificada em um ato advindo de um órgão ligado ao poder¹¹. OSWALDO LUIZ PALU explica que somente em atos dos agentes dos poderes políticos pode-se falar em inconstitucionalidade. Aos particulares “em suas relações privadas ou mesmo em relações jurídicas públicas não se dirá que praticam atos inconstitucionais passíveis de censura pela corte ou tribunal constitucional onde houver. Nesse caso, as sanções serão, evidentemente de outra ordem.”¹²

Percebe-se, pois, que a inconstitucionalidade é um vício característicos de atos e relações jurídicas de natureza pública, sendo estranha a relações e atos privados, mesmo que tenham cunho jurídico. Porém é fundamental esclarecer que, embora os atos jurídicos de origem privada não possam ser acusados de inconstitucionalidade, possuem valor jurídico relevante para a esfera do direito constitucional.

⁹ POLETTI, R. **O Controle de Constitucionalidade das Leis**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p.120.

¹⁰ REBELO, M. S. de. **O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**. Lisboa. s.e. 1988. p. 11-19 apud CLÈVE, op. cit., 35.

¹¹ FERRARI, op. cit., p. 71

¹² PALU, op. cit., p. 71.

Nesse sentido, a doutrina de vanguarda brasileira defende que, a Constituição vincula todos os poderes do Estado (eficácia vertical), mas que, ao menos no que tange ao regime jurídico dos direitos fundamentais, também a ela estão vinculados os agentes privados (eficácia horizontal). Se em uma sociedade aberta e pluralista todos somos intérpretes da Constituição¹³, a sua efetividade depende da absorção nos valores constitucionais também pela vida privada¹⁴.

A impossibilidade de ser aferido o vício da inconstitucionalidade em uma relação jurídica privada e, por outro lado, a importância dessa relação para o constitucionalismo fica evidente nas palavras de JORGE MIRANDA

Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-privadas. Essas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é no entanto, naturalmente, diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado.¹⁵

Percebe-se, pois, que a definição de inconstitucionalidade é peça essencial para a compreensão da dinâmica do direito constitucional e do controle de constitucionalidade das leis. É importante ter em vista que, mais do que manter a unidade e a coerência do ordenamento, não permitir a convivência de normas inconstitucionais no ordenamento é garantir a eficácia e a efetividade da Constituição. Como bem destaca Jorge Miranda, “Através do princípio da

¹³ A respeito dos intérpretes da Constituição, PETER HÄRBELE destaca que “...a interpretação constitucional não é um evento ‘exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. (...) A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente diz respeito a todos. (...) A interpretação é um processo aberto. Não é pois um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas; A vinculação [da Constituição] se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas uma consequência da necessidade por todos defendida da integração da realidade no processo de interpretação.”(**Hermenêutica Constitucional**. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 23-30).

¹⁴ Acerca desta problemática confira-se a coletânea organizada por LUÍS ROBERTO BARROSO, **A Nova Interpretação Constitucional, Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2º ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2006, e também SARMENTO, D. **Direito Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁵ MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 320 e ss. A inconstitucionalidade de atos jurídico privados também é possível para MARCELO REBELO DE SOUSA: “A inconstitucionalidade representa sempre uma desconformidade entre uma certa conduta pública ou privada e a Constituição vigente (abarcando os respectivos princípios e disposições)...” apud CLÈVE, op. cit., p.35.

constitucionalidade temos querido, sobretudo pensar em uma teoria jurídica construída em termos positivos e não negativos ou simplesmente neutros: mais dos que da invalidade, que é, trata-se da inconstitucionalidade, que se combate em nome da aplicação constante e certa da Constituição.”¹⁶

1.2 A INCONSTITUCIONALIDADE E OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS

O domínio dos conceitos de existência, validade e eficácia, bem como a uniformização terminológica, é essencial para a compreensão exata do fenômeno da inconstitucionalidade e o alcance de seus efeitos. Destaca LUÍS ROBERTO BAROSSO que essa é uma daquelas questões jurídicas em que “nem que seja por mera convenção, ajudam a superar as dificuldades aparentes e reduzem os problemas a sua dimensão real.”¹⁷

A começar pelo plano da existência¹⁸ — condição indispensável para que a norma seja vigente, válida e eficaz — do ato jurídico, o qual pressupõe sua “manifestação fática, o que ocorrerá se tal ato for constituído pelos elementos definidos em lei como suficientes para sua existência. Assim o ato será inexistente quando houver deficiência, ausência ou insuficiência de seus elementos constitutivos.”¹⁹ Portanto, existente será a norma que possui os atributos mínimos para ser caracterizada como tal.

A validade, por sua vez, nas palavras de MARCOS BERNADES DE MELLO “é sinônimo de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico.”²⁰ De acordo com as lições de MIGUEL REALE, pode ser analisada por três aspectos: a validade formal ou técnico-jurídica (vigência), a validade ética

¹⁶ **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Reimpresão. Coimbra: Coimbra, 1996, p.209.

¹⁷ BARROSO, op. cit., p.11. “Como registro, devemos citar Carlos Cossio, que ao referir-se às discrepâncias doutrinárias acerca da existência do direito, acentua que os juristas usam diversas expressões para representá-la, quais sejam, positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade.” FERRARI, op. cit., p. 63.

¹⁸ Para um estudo mais aprofundado do plano da existência, confira-se a obra de MARCOS BERNADES DE MELLO, **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹ BARROSO, op. cit., p.13.

²⁰ **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.4.

(fundamento) e a validade social (eficácia ou efetividade)²¹. Uma norma jurídica, para ser válida, deve reunir essas três dimensões da validade.

A validade técnico-jurídica ou formal teve seu conceito bem desenvolvido pelos positivistas, que a definem como a norma produzida em concordância com os requisitos exigidos pelo ordenamento em que a norma se insere. São inválidas as normas que não seguiram as regras de produção normativa do sistema, por isso nem chegam a existir tecnicamente. Seria o caso das normas que não seguiram à risca o devido processo legislativo.

A vigência — validade no sentido técnico-jurídico — é a capacidade da norma para vincular as condutas sociais. Pode-se dizer que vigente é o ordenamento jurídico atual, são as normas que vivem,²² diferentemente das normas componentes de um ordenamento histórico.²³ Assim, a vigência compreende o tempo de vida norma. Para a norma incidir, ela deve ser vigente, por isso, durante o período de *vacatio legis*, embora a norma reúna todos os elementos essenciais para sua existência, ela ainda não é válida formalmente, isto é, não tem vigência, pressuposto fundamental para sua aplicabilidade. Em suma, vigência é o período entre o início e o fim da obrigatoriedade da norma²⁴. É um modo específico da existência jurídica que não se confunde com a eficácia. A vigência é condição de aplicabilidade da norma²⁵.

A validade ética, por sua vez, diz respeito à compatibilidade do conteúdo axiológico da norma com o seu fundamento de validade: a norma superior. Para ter validade ética, a norma deve se inserir no espírito que dá sentido ao sistema, seguindo os mesmos valores de justiça que se encontram estabelecidos na norma fundamental.

Desse modo, REGINA FERRARI entende que “válida é a norma que foi editada em conformidade com outra norma, isto é, a norma que é concordante, não contraditória com as demais que integram o sistema.”²⁶ Basta que a norma esteja em perfeita harmonia com o ordenamento, ou seja, que tenha validade técnico-

²¹ REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 105.

²² FERRARI, op. cit., p.65.

²³ SILVA, op. cit., p. 65.

²⁴ No direito brasileiro a vigência da norma está, ao lado da eficácia, regulamentada na Lei de Introdução ao Código Civil.

²⁵ SILVA, op. cit., p. 52.

²⁶ FERRARI, op. cit., p. 67.

jurídica e validade ética. No conceito de validade da autora não há espaço para a validade como efetividade da norma, o que, no seu entender, está no plano da eficácia.

Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que inválido é o ato que, apesar de reunir os elementos materiais e formais previstos na lei, sendo, portanto, existente, ou não foi emitido por agente competente, não possui forma adequada, não tem conteúdo lícito, não possui objeto lícito e possível²⁷ — ou ainda — é incompatível com o conteúdo material e axiológico da Constituição. Na seqüência, destaca o autor que a invalidade da norma constitucional não “se confunde com a validade técnico-formal, que designa *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.”²⁸

Assim, MARCELO NEVES ressalta que a norma é “inválida porque não deriva perfeitamente (regularmente) do seu fundamento imediato de validade, a Constituição em vigor. Há suporte fático deficiente (→ invalidade), embora suficiente (→ pertinência), do ato legislativo.”²⁹ Em outras palavras, a norma, embora deficiente no plano da validade, reúne os elementos essenciais para poder existir juridicamente.

Por fim, trata-se da eficácia, que, na terminologia utilizada por MIGUEL REALE, é a validade social da norma. A eficácia possui duplo sentido: a eficácia social e a eficácia jurídica³⁰.

Dizer que uma norma tem eficácia social significa que ela é observada e aplicada nas relações de fato, que a conduta nela prevista é efetivada pelo meio social que regulamenta. A eficácia social é, portanto, a verificação da efetividade da norma.

O normativismo kelseniano, distingue, com precisão, vigência de eficácia social. Dizer que uma norma é vigente³¹ é diferente de afirmar que possui eficácia

²⁷ BARROSO, op. cit., p.13.

²⁸ Id.

²⁹ NEVES, M. **A Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 80-81. O suporte fático mencionado pelo autor refere-se ao aspecto forma e material. Ademais, para uma melhor compreensão acerca da distinção entre pertinência e validade, cf., p. 39 – 53.

³⁰ SILVA, op. cit. p.65

³¹ No entanto, REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, adverte que Kelsen “em determinados momentos usa a expressão vigência com o sentido de validade, ou melhor, no sentido de validade técnico formal, de legalidade” (Op. cit., p. 65).

social. A permanência da norma no ordenamento não quer dizer que seja observada e aplicada, isto é, que goza de normatividade.

Já a eficácia jurídica refere-se à capacidade da norma de produzir efeitos, em maior ou menor grau. A eficácia jurídica é a aptidão da norma para a produção de efeitos próprios, “eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade da norma.”³²

Pode-se admitir que uma norma tenha eficácia jurídica sem ter eficácia social.³³ Porém, quando se faz referência à eficácia do ordenamento como um todo, a simples capacidade de produzir efeitos, isto é, eficácia jurídica, não é suficiente para torná-lo eficaz. Como adverte Kelsen, um mínimo de eficácia é essencial para a existência, assim um ordenamento para ser vigente precisa ter um mínimo de eficácia social. Já para a norma isolada apenas a eficácia jurídica é suficiente para garantir a sua vigência, pois, mesmo sem eficácia social a norma poderá permanecer no ordenamento até que seja efetivada.³⁴

Quanto à capacidade para a produção de efeitos, destaca-se que, mesmo sendo a lei inválida, isto é, ainda que não for compatível com a Constituição, poderá ser vigente e eficaz. No entanto, LUÍS ROBERTO BARROSO ressalva que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade no plano da validade, os seus efeitos projetam-se para o plano da eficácia. Exemplifica o autor que se

a Assembléia Legislativa de um determinado Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de ‘pichação de bem público’, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado Sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação em Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida porque flagrantemente inconstitucional: os Estados-membros não podem legislar sobre direito penal (art. 21, I). Tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais, que, diante da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia.³⁵

Fica demonstrado, então, que uma lei pode ser vigente e eficaz sem ser válida. A inconstitucionalidade reconhece a invalidade da lei e aplica-lhe a sanção apta a retirar seus efeitos. Como a invalidade de lei que contradiz a Constituição é um vício gravíssimo do ordenamento jurídico, a sanção a ser aplicada é a nulidade.

³² BARROSO, op. cit., p.15.

³³ Acerca dos modalidades de eficácia do ato jurídico, confira-se a obra de MARCOS BERNARDES DE MELLO, **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia**. 1ª. Parte. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 38-60.

³⁴ Kelsen, op. cit., p. 230-232.

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 14.

Segundo GILMAR FERREIRA MENDES, a ausência de sanção “retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.” ³⁶ Por isso, grande parte da doutrina não aceita outra afirmação senão a de que “o ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito.” ³⁷

Nesse sentido, CAIO TÁCITO frisa que “as leis inconstitucionais não geram direitos adquiridos, nem à sombra delas podem prosperar situações jurídicas legítimas e respeitáveis. A lei inconstitucional começa por não ser verdadeiramente uma lei. Tem a feição, ou a forma de lei, mas não eficácia necessária à formação de direitos subjetivos. É apenas um ato emanado do Congresso, a que falta, porém, o requisito vital da validade.” ³⁸

Nesse sentido, deve-se destacar que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não pode ser confundido com os efeitos da revogação. A inconstitucionalidade opera no plano da validade e é declarada por órgão judicial, possuindo, em regra, efeitos retroativos. Já a revogação acontece no plano da existência dos atos jurídicos por manifestação de vontade do próprio órgão que havia editado a lei, sendo os seus efeitos apenas futuros. Geralmente, a revogação é feita com alicerce em um juízo de conveniência e oportunidade³⁹, ao contrário da declaração de inconstitucionalidade que tem como parâmetro a Constituição⁴⁰.

A preservação dos atos inconstitucionais no ordenamento jurídico é uma afronta ao princípio da supremacia da Constituição, uma vez que a Carta Magna não

³⁶ MENDES, G. F. **Controle de Constitucionalidade**. - Aspectos Políticos e Jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1990. p.8.

³⁷ BARROSO, op. cit., p. 15.

³⁸ TÁCITO, C. Anulação de leis inconstitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 59, jan.-mar., 1960, p. 346. A posição não é pacífica na doutrina. Há quem argumente que se a norma existia e era vigente, gozando de presunção de constitucionalidade, poderia ter ensejado atos de boa-fé que com o reconhecimento da invalidade não poderia ser ignorados. Nesse sentido EGAS MUNIZ DE ARAGÃO lembra que “...as leis inconstitucionais vivem, por mais breve que seja o espaço. E vivendo produzem inevitavelmente efeitos na ordem jurídica...a simples decretação da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, não é o bastante para fulminar a existência da lei” Portanto, para o autor, a declaração de inconstitucionalidade não pode ter como regra absoluta a retroatividade de seus efeitos, porque querendo ou não, até o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário existia lei (ARAGÃO, E. M.de. Poder de Iniciativa e Inconstitucionalidade da Lei. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, vol.64. p. 338. abr./jun.1961.p. 364).

³⁹ BARROSO, op. cit., p. 15.

⁴⁰ A distinção entre revogação e nulidade pode ser conferida em FERRARI, op. cit., p. 146-151.

poderá mais ser o fundamento de validade desses atos. A problemática refere-se à garantia de eficácia da Constituição. Por isso, afirma-se que a manutenção da norma incompatível com a Constituição não é apenas um caso de invalidade, mas, antes disso, é um caso de inconstitucionalidade que deve ser sancionado de maneira adequada a salvaguardar a máxima efetividade do texto constitucional.

1.3 A NULIDADE E A ANULABILIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

A nulidade e a anulabilidade são as sanções impostas para as leis eivadas de inconstitucionalidade. A primeira é proferida em sentença declaratória e produz efeitos *ex tunc*, enquanto a segunda em sentença constitutiva gerando efeitos *ex nunc*⁴¹.

De acordo com MARCELO NEVES, a nulidade e a anulabilidade são diferentes graus de sanção

nesse sentido que cabe reinterpretar a seguinte afirmativa de Kelsen: 'Dentro da ordem jurídica a nulidade é apenas o grau mais alto de anulabilidade'. Ou seja, não no sentido de que a norma anulável é válida (= pertinente ao sistema jurídico na teoria kelsiniana) enquanto não é expulsa do sistema, mas sim na perspectiva de que a nulidade e a anulabilidade de norma jurídica, particularmente de lei, constituem espécies típicas de pertinência inválida de norma ao ordenamento jurídico.⁴²

A nulidade é a sanção mais grave que a norma pode sofrer. Sua declaração significa a extirpação do mundo jurídico de todos os efeitos que a pretensa lei produziu. Embora a declaração de inconstitucionalidade opere no plano da validade, seja ela técnico-formal, seja validade ética, a força da nulidade conduz a retirada da eficácia jurídica e social da norma. Condenar a lei inconstitucional à nulidade é reconhecer que lei nunca existiu no mundo jurídico e que, portanto, nunca surtiu efeitos.

Quanto a essas primeiras conclusões, EGAS MUNIZ DE ARAGÃO destaca que:

Inexistência e nulidade têm muito em comum, nem sendo pacífica a tese dos que sustentam a distinção entre os dois conceitos. Todavia, numa coisa concordam ambos os modos de encarar o assunto: a inexistência e a nulidade acarretam a extinção do ato, para

⁴¹ PALU, op. cit., p. 85-86.

⁴² NEVES, op. cit., p. 79.

uns porque ele não existiu, ou tendo existido era nulo, para outros porque está ferido de nulidade e isso diz tudo. São concordes os autores que, proclamada a nulidade os efeitos do ato até então verificados são aniquilados retroativamente, porquanto o ato nulo não pode gerar quaisquer efeitos válidos.⁴³

A nulidade da lei inconstitucional gera drásticos efeitos na dinâmica jurídica e, principalmente, nas relações jurídicas que se constituíram alicerçadas em sua disposição. Todavia deve-se reconhecer que, decretar a nulidade da lei inconstitucional, coaduna com os princípios fundamentais que regem a ordem jurídica. Sobre a conclusão de que a lei inconstitucional é nula, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é lei Suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria uma negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação a aquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.⁴⁴

Portanto, a tutela da supremacia da Constituição seria inviável caso se estabelecesse entendimento diverso ao de que toda lei inconstitucional é *nula ipso iuri*. Por essa razão, alguns autores defendem que a nulidade da lei inconstitucional assume a forma de um verdadeiro princípio constitucional implícito que interage para proteger o princípio da supremacia da Constituição.

Na defesa do caráter principiológico da nulidade, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE argumenta que somente “a nulidade, e não a anulabilidade, pode autorizar a recusa, pelo Poder Público, embora sem prejuízo de exame posterior pelo Judiciário, do cumprimento da lei ou atos reputados inconstitucionais.”⁴⁵ O direito de ignorar a aplicação de preceitos inconstitucionais antes mesmo de ser o reputado vício declarado pelo Poder Judiciário significa que não se reconheceu o dito ato como lei integrante do ordenamento jurídico. Somente a nulidade pode garantir a excusa

⁴³ ARAGÃO, lot cit., p. 364.

⁴⁴ BARROSO, op.cit., p. 16.

⁴⁵ Op. cit., p. 246. No mesmo sentido, confira-se SARMENTO, D. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. In: _____, **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 102 e PALU, op. cit., p. 188.

pelos Poderes Públicos, pois são apenas as suas conseqüências que atestam a inexistência de efeitos da lei inconstitucional⁴⁶.

Por essa razão, o citado autor segue explicando que, se

Cuidasse o inquinado de ato anulável, então seria de observância obrigatória até o pronunciamento do órgão jurisdicional competente, despossuindo o Executivo qualquer fundamento para repudiá-lo. Coerente com seu entendimento a respeito da natureza do ato inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal admite o descumprimento de tais atos, responsabilizando-se a autoridade, porém, pelas conseqüências de seu comportamento, caso o Judiciário repute legítimo o ato inaplicado.⁴⁷

Destaca ainda que apenas a nulidade é que pode autorizar também o Poder Legislativo a invalidar seus próprios atos quando os entender inconstitucionais. “Apenas a nulidade pode autorizar o Legislativo a anular (não se trata de revogação, que produz em princípio efeitos *ex nunc*) ato legislativo seu sob o fundamento de inconstitucionalidade.”⁴⁸

A nulidade das normas inconstitucionais, no entanto, é vista com ressalva por boa parte da doutrina. JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO defende que a

(1) inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos; (2) a nulidade é resultado da inconstitucionalidade, isto é, corresponde a uma reação da ordem jurídica contra a violação das normas constitucionais; (3) a nulidade não é uma conseqüência lógica e necessária da inconstitucionalidade, pois tal como na doutrina civilista a ilicitude de um ato pode conduzir a nulidade ou a anulabilidade, e na doutrina administrativista a ilegalidade é susceptível de ter como reação desfavorável a nulidade ou a anulabilidade, também a inconstitucionalidade é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico.⁴⁹

Surge, assim, uma série de argumentos que demonstram que a nulidade, embora em perfeita harmonia com a idéia de unidade e supremacia da Constituição, não é apta a solucionar todos os conflitos normativos que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade.

⁴⁶ Nesse sentido, indaga se esse raciocínio seria possível mesmo perante a legitimidade dos Chefes do Poder Executivo federal e estadual para interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade. Estão esses agentes políticos obrigados a impetrar a ADI sempre que se depararem com lei inconstitucional ou podem eles simplesmente recusar a aplicação da dita lei? De acordo com o autor esses poderes estão vinculados ao cumprimento da Constituição e não ao “processo contínuo de otimização de sua normatividade”, não estando, portanto, obrigados interpor ADI sempre que estiverem frente a uma lei inconstitucional. (**A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 247-248).

⁴⁷ Também os Tribunais de Contas da União e dos Estados podem se recusar a aplicar a lei inconstitucional, uma vez que são uma verdadeira jurisdição administrativa – entendimento respaldado pela Súmula nº. 347 do STF (Lot. cit., p. 246).

⁴⁸ Ibid. 249

⁴⁹ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 942-943.

Cogita-se, então, que anulabilidade, como uma espécie de sanção à inconstitucionalidade, e que também é aferida no plano da validade, difere da nulidade porque seus efeitos não alcançam o plano da existência, sendo, por isso, sanção de conseqüências menos severas. A declaração de anulabilidade não desconstitui os atos jurídicos que se concretizaram com fundamento na lei inconstitucional, mas retira os efeitos da lei a partir do momento da sua declaração.

Acusa-se a anulabilidade de incompatibilidade com o ordenamento jurídico, uma vez que admite a sobrevivência de lei contrária à Constituição. No entanto, é HANS Kelsen, o grande teórico do ordenamento jurídico, expõe o contrário

Dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma jurídica não pode ser nula, mas apenas anulável. Mas essa anulabilidade prevista pela norma jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica somente é anulável com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos deixados para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, de forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou para trás de si sejam destruídos, como por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela.(...)Porém a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início.⁵⁰

Complementa GILMAR FERREIRA MENDES, ao explicar que “impõe-se reconhecer que o dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico. Em outros termos, a nulidade resulta da inconstitucionalidade, não se configurando, porém, uma conseqüência lógica desta.”⁵¹

Nesse sentido, o mesmo autor lembra que “os próprios sistemas de controle de constitucionalidade oferecem elementos para uma aferição diferenciada da invalidade da lei inconstitucional. O simples cotejo das diferentes fórmulas dogmáticas adotadas pelos ordenamentos constitucionais de diversos países está a indicar que a nulidade não é uma conseqüência lógica da inconstitucionalidade.”⁵²

Portanto, a anulabilidade também pode gozar de coerência, basta que o ordenamento seja estruturado de tal forma que permita a sua aplicação. Além disso, muitas vezes a opção pela anulabilidade da lei inconstitucional reflete uma proteção mais adequada para a garantia de outros princípios constitucionais. Com suporte

⁵⁰ KESLEN, op. cit., p. 292-293.

⁵¹ MENDES, G.F. **Controle de Constitucionalidade**..., p.18-19.

⁵² Ibid., p. 15.

nessas justificativas, GILMAR FERREIRA MENDES esclarece que, ao se optar pela anulabilidade

Não se está a negar o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se porém que tal princípio não poderá ser aplicado em casos que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).⁵³

Perante essas circunstâncias, entender a lei inconstitucional como anulável se faz necessário, porque, como ensina EGAS MONIZ DE ARAGÃO, “...enquanto não tenha sido suspensa a sua vigência, opera [a norma] normal e eficazmente, e a sentença que a diga contrária à Carta Magna tem efeitos a partir da ação em que a sua incompatibilidade é suscitada, e não a contar da data da própria lei.”⁵⁴

Ainda, em relação ao argumento de que, ao permitir que a lei inconstitucional produza efeitos até a sua declaração, a anulabilidade provoca uma notável afronta à supremacia e à efetividade da Constituição — à medida que suspenderia o seu império até que a lei viesse a ser declarada inconstitucional, EGAS MUNIZ DE ARAGÃO traz uma interessante observação

Também os movimentos sediciosos, ainda que numa pequena fração de tempo logram derrubar a autoridade do Estado até que sejam sufocados. Quando o são, nem por isso há mister de qualquer ficção jurídica para se ter certeza de que o Estado sobrepujou a revolução. Se vitoriosa, todavia, aí então, o Estado tombará. A Constituição igualmente, apenas poderia considerar-se sucumbina se fosse dado prevalecer em seu detrimento a lei tida como inconstitucional o que, aí sim, equivaleria a reformá-la. Mas não procuremos desvirtuar os fatos para que nossas teorias possa manter-se de pé, quando surge essa necessidade é sintoma evidente da fatuidade da construção teórica. A lei contrária à Constituição é inconstitucional, e isto basta a defini-la perfeitamente.⁵⁵

Do exposto, percebe-se que tanto a nulidade quanto a anulabilidade possuem valiosos argumentos de defesa e respeitáveis doutrinas ao seu lado. Porém a opção por apenas uma das duas sanções aplicáveis para as leis inconstitucionais pode-se revelar insuficiente para a construção de uma ordem jurídica justa e efetiva.

⁵³ MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p.333.

⁵⁴ ARAGÃO, E. M.de. Poder de Iniciativa e Inconstitucionalidade da Lei. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, vol.64. p. 338. abr./jun.1961. p. 366

⁵⁵ Ibid., p. 367.

1.4 A NATUREZA DAS SENTENÇAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Primeiramente, deve-se ressaltar que a competência do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade da lei não significa a existência de um conflito entre o Poder Legislativo, que emanou a lei, e o Poder Judiciário, que poderá declarar a sua inconstitucionalidade⁵⁶. ALEXANDER HAMILTON lembra que o Poder Judiciário não é superior ao Legislativo, mas que é o poder do povo o superior ao de ambos⁵⁷. Assim, verificada uma contradição entre a lei ordinária e a Constituição, deve-se preferir esta no lugar daquela, de modo que a vontade do povo deve prevalecer sobre a vontade de seu representante.

A atuação do Poder Judiciário na aplicação e interpretação da Constituição, tanto através de juízes singulares como de órgãos colegiados, é o que ficou conhecido como Jurisdição Constitucional. Essa competência do Poder Judiciário para salvaguardar as normas constitucionais faz parte de uma garantia fundamental de todo cidadão de obter livre acesso à Justiça para pleitear a tutela de um direito lesado ou ameaçado — art. 5º, inc. XXXV da Constituição de 1988. Por essa razão é que a inconstitucionalidade, via de regra, é declarada por sentença judicial.

A compreensão da natureza da sentença que declara a inconstitucionalidade é essencial para a definição do alcance de seus efeitos temporais e da efetividade normativa conferida ao princípio da supremacia da Constituição. Ao tratar da sentença que declara a inconstitucionalidade, a doutrina concentra seus esforços para caracterizar a sentença como de natureza declaratória ou de natureza constitutiva. Entretanto não se pode olvidar da lição fundamental deixada por PONTES DE MIRANDA, ao dizer que:

Não há nenhuma ação, nenhuma sentença que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente declaratória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executória.

A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. A ação declaratória é a predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute.⁵⁸

⁵⁶ BITTENCOURT, L. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, 2ª. ed. atual. José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 68-69.

⁵⁷ "...the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents." HAMILTON, A., **The Federalist**, New York, 1937, p.101 apud BITTECOURT, op. cit., p. 69.

⁵⁸ MIRANDA, P. de. **Tratado das Ações**. Tomo I. § 25, n. 1 p.137-138.

No entanto, a decisão que declara a inconstitucionalidade é tradicionalmente classificada como declaratória ou constitutiva. A opção por uma dessas classificações se dá, como ensina CÁREM LÚCIA ANTUNES ROCHA, em virtude da “...da natureza que o estudioso atribua à inconstitucionalidade.”⁵⁹

A doutrina clássica defende que a sentença de inconstitucionalidade tem natureza declaratória porque apenas atesta a inexistência da lei. Se a lei não tem fundamento de validade na Constituição é porque nunca chegou a existir, fato que a sentença apenas declara. Ou seja, a lei inconstitucional não existe, nunca existiu, e é, portanto, nula *ispo iuri*. É exatamente o que afirma ALFREDO BUZAID ao dizer que “A sentença que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*”.⁶⁰

Em outras palavras, pode-se dizer que a sentença de inconstitucionalidade tem, obrigatoriamente, caráter declaratório porque sua única função é confirmar que o ato nunca integrou o ordenamento, não tendo valor jurídico algum, isto é, que o ato é nulo. Assim, LUÍS ROBERTO BARROSO explica que “...corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório — e não constitutivo —, limitando-se a reconhecer uma situação que preexiste.”⁶¹

RONALDO POLETTI defende a natureza declaratória da sentença porque entende que lei inconstitucional é igual a inexistente, pois “...se a lei é contrária à Lei Maior, ela não é lei ou nunca assim existiu. É nula, não meramente anulável.”⁶² Acrescenta ainda que somente a lei é que pode conferir direitos, assim como impor o cumprimento de deveres. Se a lei inconstitucional não existe, nunca houve direitos e deveres, porque nunca surtiram efeitos.

No mesmo sentido, o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI considera a natureza declaratória da sentença de inconstitucionalidade, destacando que “...o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma (...) Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de

⁵⁹ Op. cit., p. 148.

⁶⁰ BUZAID, A. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 1958 .p. 131.

⁶¹ BARROSO, op. cit., p. 15.

⁶² POLETTI, op. cit., p.127.

mérito na ação direta ou na ação declaratória simplesmente declara a nulidade ou a invalidade. Nada constitui nem desconstitui.⁶³

Nessa perspectiva, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE traz uma lúcida explicação sobre a natureza declaratória e seus efeitos

A decisão judicial, segundo a doutrina consagrada é declaratória (declara um estado preexistente) e não constitutiva-negativa. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei tal como ocorre, por exemplo em outros modelos de fiscalização da constitucionalidade, mas apenas, reconhece a existência de um ato viciado. E por esse motivo a decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada.⁶⁴

Por outro prisma, vê a doutrina que entende ser a lei inconstitucional meramente anulável. Se a lei existe e gera efeitos na ordem jurídica, não se pode ignorá-la até que o Poder Judiciário venha a expurgá-la do ordenamento. Até então a lei inconstitucional goza de presunção de constitucionalidade como todo ato público e pode ensejar atos jurídicos pautados pela boa-fé.

Nesse sentido, HANS KELSEN afirmou:

A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nula *ab initio* porque preenche as condições de nulidade determinadas pela ordem jurídica é um ato constitutivo; ele tem um efeito jurídico definido, fora e antes desse fato, o fenômeno em questão não pode ser considerado 'nulo'. Portanto, a decisão não é declaratória, ou seja, ela não é, da maneira como se apresenta uma declaração de nulidade, ela é uma anulação verdadeira, uma anulação com força retroativa. Deve existir algo juridicamente existente ao qual a decisão se refere. Daí o fenômeno em questão pode ser algo nulo *ab initio*, ou seja, juridicamente nada. Ele tem de ser considerado uma norma anulada com força retroativa pela decisão que a declara nula *ab initio*. Do mesmo modo em que tudo que era tocado pelo rei Midas tornava-se ouro, tudo a que se refere o Direito torna-se Direito, *i.e.*, algo juridicamente existente. O caso da nulidade absoluta está fora do direito.⁶⁵

A sentença de natureza constitutiva não cria direitos, estados ou situações jurídicas a partir do nada. Na realidade, a sentença constitutiva proporciona o direito à mudança ou à modificação do estado jurídico que existe antes do processo. A sentença apenas coloca essa situação jurídica em movimento, isto é, reinsere-a na dinâmica do ordenamento jurídico de modo adequado como determina a sistemática

⁶³ ZAVASKI, T. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 48

⁶⁴ CLÈVE, op. cit., p. 244.

⁶⁵ KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 232.

das leis. Assim REGINA FERRARI afirma que “destarte o que preexiste não é a mudança, mas o direito a esta, que só passa a existir após a sentença.”⁶⁶

No direito pátrio, a natureza constitutiva da sentença de inconstitucionalidade foi defendida por eminentes processualistas.

Para PONTES DE MIRANDA, ou as sentenças declaram algo que existe, ou constituem, positiva ou negativamente, uma situação jurídica, indicando que algum fato jurídico foi produzido, integrou-se, transformou-se ou saiu do mundo jurídico. Ou seja, se sentença declaratória não pode declarar algo que não existe, a sentença de inconstitucionalidade só pode ser constitutiva negativa⁶⁷. Para que a decisão sobre a inconstitucionalidade fosse declaratória, a lei eivada de tal vício não poderia existir, de tal modo que o juiz reconhecesse sua inexistência. Assim, para PONTES DE MIRANDA, a lei inconstitucional não é nula, mas anulável, porque existente até o momento da declaração de inconstitucionalidade.

Por perspectiva muito semelhante, EGAS MUNIZ DE ARAGÃO observa que

O fato da inconstitucionalidade da lei defluir duma sentença constitutiva negativa não significa, absolutamente, que os efeitos daí decorrentes tenham vida a contar da data da sentença, o que é regra geral mas não é absoluta...Aliás a ninguém pode ser surpresa o fato de não haver sentença pura, tôdas contendo em menor ou maior dose os conceitos das demais.⁶⁸

Ainda na defesa da natureza constitutiva, vale lembrar a preciosa observação feita por REGINA FERRARI de que “...a sentença que declara a inconstitucionalidade é constitutiva, pois esta, embora visando à criação, alteração ou extinção de um direito, trás a certeza do mesmo, e a partir daí, uma mudança de estado (...). A lei enquanto não considerada inconstitucional opera eficazmente, e a sentença que a diga em contradição aos ditames constitucionais, tem efeitos a partir de então e não desde a data da própria lei.”⁶⁹

Dentro desse debate doutrinário, que poderia prosseguir por muitas laudas, vale lembrar que OSWALDO LUIZ PALU considera que a decisão de inconstitucionalidade tem natureza desconstitutiva, ou constitutiva negativa, pois, a partir de sua publicação, a antiga lei será considerada um ato jurídico sem validade

⁶⁶ FERRARI, op. cit., p.167.

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 69: art. 32-117**. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 619- 616.

⁶⁸ ARAGÃO, op. cit., p. 366.

⁶⁹ FERRARI, op. cit., p. 173.

e eficácia. Mas, por outro lado, a decisão de constitucionalidade tem natureza declaratória, uma vez que apenas declara a existência de norma compatível com seu fundamento de validade, sem interferir na ordem jurídica⁷⁰.

Por fim, deve-se lembrar que a sentença de inconstitucionalidade, seja ela declaratória ou constitutiva, somente tem efeitos após a consolidação da coisa julgada. Pois, como bem explica REGINA FERRARI, “o efeito inovador da sentença constitutiva, assim como a certeza jurídica proporcionada pela sentença declaratória, só pode decorrer de uma sentença definitiva, isto é, com força de coisa julgada.”⁷¹

Após uma brevíssima análise de alguns pressupostos fundamentais para o desenvolvimento do raciocínio acerca dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, pode-se concluir que: (1) a lei inconstitucional é aquela que contradiz à Constituição. Tal incompatibilidade decorre da ausência de fundamento de validade da lei na norma fundamental — o que é requisito básico para as sociedades que adotam o modelo kelsiniano de ordenamento: escalonado, unitário e harmônico; (2) verificada a ruptura da ordem jurídica pelo vício da inconstitucionalidade, aplica-se a sanção nulidade ou anulabilidade para reconstituir a sua integralidade; (3) a nulidade reconhece a inexistência da lei, sendo, por isso, atestada em sentença de natureza declaratória que retroage para desconstituir todos os efeitos produzidos pela lei inconstitucional — eficácia *ex tunc*, e (4) já quando a sanção imposta é a anulabilidade, a sentença que a declara tem natureza constitutiva, salvaguardando os atos com base nela concretizados e produzindo efeitos apenas prospectivos — eficácia *ex nunc*.

Partindo dessas premissas, tornar-se-á mais suave o caminho para a análise da possibilidade de serem manipulados os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de ADI por ação.

⁷⁰ PALU, op.cit., p. 166.

⁷¹ FERRARI, op.cit., p. 168.

2. HISTÓRICO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A positivação dos direitos fundamentais em uma Constituição escrita e rígida foi uma vitória de valor inestimável para as sociedades modernas. Não demorou muito tempo e percebeu-se que, para a proteção dessas garantias preciosas, era necessário estabelecer um sistema apto a eliminar do ordenamento jurídico as leis que desrespeitassem, formal ou materialmente, os preceitos constitucionais.

Assim, para tutelar a Constituição e garantir a convivência harmônica do sistema jurídico, foi necessário estabelecer um instrumento que, coordenado por autoridade investida de competência específica, consertasse as rupturas provocadas na unidade do ordenamento pelas leis contrárias à Constituição, retirando-lhes a sua eficácia.⁷²

A partir desses pressupostos fundamentais, os sistemas de controle de constitucionalidade assumiram formas diversas de acordo com as tradições e influências recebidas por seus respectivos países.⁷³ No entanto, há duas doutrinas clássicas sobre o controle de constitucionalidade que adotaram caminhos opostos para garantir a efetividade da Constituição. Trata-se da doutrina norte-americana e da doutrina austríaca — ou europeia — em virtude de sua disseminação por esse continente⁷⁴.

Ambas as doutrinas, de traços próprios e marcantes, passaram por uma considerável evolução e, atualmente, apresentam uma notável flexibilização de seus dogmas sobre os efeitos temporais da sentença de inconstitucionalidade. A praxis jurisprudencial e a evolução hermenêutica demonstraram que a tão perseguida

⁷² BARROSO, op. cit., p. 01.

⁷³ Nesse sentido, IVES GANDRA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES lembram que “O controle judicial da constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.” (**Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.19).

⁷⁴ Será utilizada neste trabalho a nomenclatura de “sistema austríaco” e não europeu porque, como observa MAURO CAPPELLETTI, tanto na Itália como na Alemanha há uma mistura dos sistemas austríaco e americano. A sentença de inconstitucionalidade nesses países opera seus efeitos retroativamente, como no do sistema americano, que considera a inconstitucionalidade como causa de absoluta nulidade. No entanto, tais efeitos podem ser manipulados como *ex nunc* ou *pro futuro*, como no sistema austríaco. (**O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.119).

efetividade da Constituição não era alcançada através da crença em verdades tão absolutas como a retroatividade ou prospectividade da lei reconhecida como inconstitucional.

Um sistema de controle de constitucionalidade não poderia optar apenas por um efeito temporal para as inconstitucionalidades por ele acusadas. A escolha por efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, ou ainda, *pro futuro*, de forma absoluta, excluindo a possibilidade de compatibilizá-los com as circunstâncias concretas que decorrem da análise de cada lei, mostrou-se completamente adversa a um dos fundamentos essenciais do controle de constitucionalidade: a tutela dos direitos fundamentais.⁷⁵

A compreensão dos fundamentos, teóricos e práticos, que conduziram os sistemas de constitucionalidade a adotar como efeito temporal de suas declarações de inconstitucionalidade a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* passa pela análise da origem e desenvolvimento dos clássicos sistemas norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade, pois foi a partir de suas premissas e experiências que se deu a evolução dos efeitos temporais.

2.1 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

Em 1787, quando instituída a Suprema Corte Norte-Americana⁷⁶, limitava-se a sua tarefa a resolver pleitos, isto é, *cases and constroversies*. As questões políticas que chegavam à Corte eram invariavelmente declinadas sob o argumento de que, a menos que fosse essencial para a solução do caso concreto em análise, a Suprema Corte não estava autorizada a decidir acerca da validade das leis.⁷⁷ A apreciação da validade de uma lei pelo Poder Judiciário significava a sua inserção na esfera de competência do Poder Legislativo e, assim, representava uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

⁷⁵ Afirma LUÍS ROBERTO BARROSO que “um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo, os das minorias. Em face de minorias parlamentares eventuais, seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.” (Op. cit., p. 02).

⁷⁶ Sobre a evolução histórica da Suprema Corte Norte-Americana, confira-se BARACHO, J. A. O. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p.191-236.

⁷⁷ Ibid., p.207.

Somente em 1803 é que legitimidade do Poder Judiciário para aferir a constitucionalidade da lei foi declarada. Na célebre decisão proferida no caso *Marbury v. Madison*⁷⁸, o então chefe da Suprema Corte norte-americana, *Chief John Marshall*, argumentou que, se o Poder Judiciário tem a competência constitucional para analisar as causas constitucionais, também deve ser ele o competente para declarar a inconformidade de lei com o texto constitucional. Nesse sentido, Marshall lembra que todos os juízes devem passar por uma solenidade para jurar a Constituição. Tal juramento não tem caráter apenas simbólico, declarar o comprometimento com a supremacia da Constituição é comprometer-se em reconhecer como nulas todas as leis contrárias a ela⁷⁹.

Da paradigmática e rica decisão proferida por Marshall, destaca-se a afirmação de que todos os atos contrários à Constituição são *null and void*, isto é, nulos e írritos. No raciocínio de Marshall, declarar a preexistência de uma nulidade na lei que não tem fundamento de validade na Constituição seria a única forma de não frustrar a grande conquista do povo americano: a Constituição escrita e soberana. Nas palavras de Marshall:

Entre duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e como estes é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira posição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo. Esta doutrina é essencialmente ligada às constituições escritas, e, portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. (...) Assim a fraseologia da Constituição dos Estados Unidos, confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais

⁷⁸ A origem norte-americana do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário é unânime na doutrina. Entretanto, lembra RONALDO POLETTI que já na Grécia Antiga podiam ser encontrados fortes indícios de institutos análogos ao do controle de constitucionalidade, como é o caso do *grafé paranómón*, o qual possibilitava denunciar, com efeito retroativo, lei ou ato, inconstitucional ou contrário ao interesse público. Além desse caso, também destaca os esforços do jurista inglês Sir. Edward Cook, que lutou pelo reconhecimento da subordinação das leis ao *common law* e à “reta razão”. Para um aprofundamento da questão histórica, confira-se a obra do referido autor, op. cit., p. 9-21 e também CAPPELLETTI, op. cit., p. 45-64.

⁷⁹ Conforme observa BARACHO, a princípio a doutrina de Marshall não foi efetivamente empregada. Após *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte levou quase um século para analisar novamente a constitucionalidade de uma lei, vindo a questão a ser debatida novamente após 1890. Desse período em diante, destaca-se o caso *Lochner v. New York*, que envolvia justamente o controle judicial da atividade legislativa. (lot. cit., p. 210).

departamentos, são vinculados por esse instrumento. A notificação deve ser declarada de nenhum efeito.⁸⁰

A tese acolhida por Marshall de que a lei incompatível com a Constituição é nula desde o seu nascimento, não gerando efeitos durante o tempo em que vigorou até a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, já havia sido proclamada no histórico e clássico *The Federalist Papers*. Na passagem nº. 78, ALEXANDER HAMILTON defendeu que:

Nenhum ato contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso seria como sustentar que o procurador é maior que o mandante, que os representantes do povo são superiores a esse mesmo povo, que aqueles que agem em virtude dos poderes concedidos podem fazer não só o que eles autorizam mas também aquilo que proíbem.⁸¹

A doutrina norte-americana por sua vez não hesitou em prestigiar o postulado estabelecido por Marshall, defendendo severamente que a lei inconstitucional é coisa nenhuma. Afirma o constitucionalista norte-americano, THOMAS COOLEY, que o Poder Legislativo age dentro de limites definidos constitucionalmente, e que é o Poder Judiciário competente para declarar a legitimidade da lei. Por isso, quando verificada a inconstitucionalidade por um tribunal, a lei automaticamente se apaga, pois não havia lei, apenas uma tentativa fracassada de estabelecer lei.⁸² Arremata o autor, explicando taxativamente os efeitos da lei inconstitucional:

Quando provado que um acto legislativo é nullo para todos os fins legais, é como se nunca tivesse existido. Não pôde servir de fundamento para contrato algum, não pôde criar direitos, não pôde proteger pessoa alguma que tenha obrado sob sua égide, e não pôde considerar delinquente aquelle que tenha recusado obedecê-lo.⁸³

Para BISCARETTI DI RUFFIA, a declaração de inconstitucionalidade no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano tem a natureza de um verdadeiro veto judicial, pois, embora vinculada a técnicas processuais, atua como

⁸⁰ **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. de: Américo Lobbo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 12.

⁸¹ HAMILTON, *The Federalist Papers*, p. 226, apud BARROSO, op. cit., p. 06.

⁸² COOLEY, T. **Os Princípios do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 59.

⁸³ Ibid., p. 181-182.

um verdadeiro ato de cassação, uma vez que seus efeitos são banidos do mundo jurídico.⁸⁴

Entretanto, mesmo nos Estados Unidos, onde *the unconstitutional statute is not law at all*, passou-se a aceitar, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. Lembra OSWALDO LUIZ PALU que a Suprema Corte admitiu exceções à regra da retroatividade, tendo, inclusive, desenvolvido duas técnicas para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade: a *prospectivity overruling* ou *pure overruling*, pela qual se exclui toda a retroatividade, não se aplicando nem no processo que originou o debate; e a *limited retrospectivity*, cuja sentença é aplicável somente ao processo que originou a questão e àqueles que se iniciaram após a decisão.⁸⁵ Assim, a partir da década de 60, tanto em casos criminais (*Linkletter v. Walker*, 1965), como em casos cíveis (*Chevron Oil v. Huson*, 1971), observou-se a quebra do paradigma da nulidade absoluta da lei inconstitucional.

No caso *Linkletter v. Walker*, *Linkletter* foi julgado culpado, criminalmente, com fundamento em provas ilícitas. Após sua condenação, foi realizado o julgamento de *Mapp v. Ohio*, no qual foi vedada a utilização de provas ilícitas. Tendo em vista o precedente, *Linkletter* pediu a revisão de sua condenação, porque fundada em lei declarada, posteriormente, inconstitucional.

De acordo com DANIEL SARMENTO, o argumento utilizado por *Linkletter* é que a Constituição norte-americana *neither prohibits nor requires prospective effect*, de modo que estaria autorizada constitucionalmente a ponderar as vantagens e desvantagens da aplicação da retroatividade da lei inconstitucional. Perante a argumentação, a Suprema Corte realizou um exercício de ponderação e entendeu que preservar as condenações com fundamento em provas ilícitas, mesmo após a mudança de sua orientação em relação à questão, seria mais grave que as consequências que isso geraria para a administração da Justiça — que teria que

⁸⁴ **Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 545, apud POLETTI, op. cit., p. 55.

⁸⁵ OSWALDO LUIZ PALU ressalta que “evidentemente, que em um sistema que depende dos casos concretos (cases), para a declaração de inconstitucionalidade, a técnica da *pure prospectivity* gerou perplexidades, ainda que declaração possa valer para os casos futuros.” (Op.cit., p. 173).

revisar e anular inúmeros processos, sem a possibilidade de reiniciá-los em virtude do provável desaparecimento do material fático probatório⁸⁶.

Lembra ainda o referido autor⁸⁷ que, após *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte apreciou o caso criminal, *Stovall v. Denno*. Nessa oportunidade, a Corte determinou que "...a retroatividade da nova orientação jurisprudencial dependeria (a) dos fundamentos que levaram à mudança da jurisprudência, (b) do grau de confiança das autoridades legais na jurisprudência anterior, e (c) dos efeitos da aplicação retroativa da nova jurisprudência na administração da Justiça.⁸⁸

Já em 1971, no caso *Chevroil Oil v. Hudson*, a juíza O'Connor determinou que a retroatividade das orientações firmadas em ações cíveis poderia ser restringida se (a) a decisão estabelecesse novos princípios legais, (b) a não-retroatividade não frustrasse a aplicação da regra estabelecida ou (c) a limitação da retroatividade fosse capaz de evitar uma "substancial injustiça".

Sobre o tema, MAURO CAPELLETTI⁸⁹, acrescenta que

a jurisprudência norte-americana, em momentos de "oportuno pragmatismo e elasticidade", tem preservado os efeitos da coisa julgada em matéria civil e administrativa, considerando-se que, do contrário, a ausência de um mínimo de segurança jurídica nas relações, refletiria consequências mais gravosas para a paz e estabilidade social.

Analizando a jurisprudência norte-americana, em especial a da década de 60, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO faz uma interessante observação:

..a natureza dos efeitos da decisão de judicial (ex tunc ou ex nunc), não emergem de princípio ou de preceito sediado na Constituição, configurando isto sim, uma questão de **política judicial** (*judicial policy*), desse modo sujeita a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto, segundo as multivariáveis hipóteses em que são ministrados, na via da jurisdição, os valores da justiça constitucional.

⁸⁶ Op. cit., p. 112.

⁸⁷ Lot. cit., p. 113.

⁸⁸ O constitucionalista norte-americano LAWRENCE TRIBE analisa os casos citados explicando que "No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafraseando o Justice Cardoso pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: ' Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades, e (c) os efeitos sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões." **The American Constitutional Law**, p.27 apud MENDES; MARTINS, op. cit., p. 319.

⁸⁹ Op cit., p. 123-124.

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO acrescenta que foi a Corte de Warren, inspirada em uma *legaritarian society* que buscou em seus precedentes refletir a igualdade e a liberdade individual de uma “sociedade liberal e pluralista.”⁹⁰ Sem dúvida, o brilhante trabalho da Corte Warren na luta pela igualdade e liberdade teve um importante papel na doutrinas sobre os direitos fundamentais que se desenvolveram nos Estados Unidos nas últimas décadas.⁹¹

Entretanto, a evolução da jurisprudência norte-americana proporcionada pela Corte de Warren, ao menos no que tange à retroatividade da lei inconstitucional, foi interrompida pelas Cortes que a seguiram. Sob a presidência do Juiz Rehnquist, a Suprema Corte questionou severamente o ativismo político da Corte de Warren. No caso *Griffith v. Kentucky*, a Corte de Rehnquist afastou-se da doutrina da prospectividade argumentando que cabe aos juízes declarar o Direito e não legislar.

A tese firmou-se no caso *Harper v. Virginia Departamento of Taxation*, que discutia a repetição do indébito de tributo declarado inconstitucional. Nesse caso, o Juiz Scalia asseverou que a prospectividade das decisões é típica de um ativismo judicial e incompatível com a *stare decisis*. Para ele, a restrição dos efeitos retroativos é um meio de superação dos precedentes. Além disso, lembra que prospectividade dos efeitos das decisões judiciais sempre foi alvo de críticas doutrinárias.⁹²

Apesar do retrocesso apontado, não se pode negar que a jurisprudência norte-americana flexibilizou a clássica doutrina da nulidade da lei inconstitucional inaugurada na jurisprudência no famoso caso *Marbury v. Madison*. A Suprema Corte demonstrou que a Constituição não é estática, mas sim um *living document*, sujeito a modificações de seus significados conforme as evoluções históricas e circunstanciais, sendo, em certos momentos, uma mesma regra conforme ou contrária à Constituição.

⁹⁰ BARACHO, op. cit., p. 229

⁹¹ A Corte de Warren julgou relevantes questões para a sociedade americana entre 1953-1969, dentre elas destacaram-se *Brown v. Board Education*, *Bake v. Carr*, *New York Times v. Sullivan* e *Brandenburg v. Ohio*. Para um estudo aprofundado sobre a história da Corte, confira-se MORO, S. F. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. In. **Revista da Universidade Federal do Paraná**. vol. 36, 2001.

⁹² BARROSO, op. cit., p. 16 e SARMENTO, op. cit., p. 113 e 114.

2.2 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA AUSTRIACO

O controle de constitucionalidade austríaco foi inaugurado em 1920 dando vida à teoria desenvolvida por HANS Kelsen acerca do ordenamento jurídico e do Estado. A sistemática elaborada pelo ilustre jurista tinha um viés completamente contrário ao modelo de controle de constitucionalidade norte-americano. Para Kelsen, a função de fiscalizar a constitucionalidade da lei deveria ser exercida por um tribunal dotado de competência específica para tanto, pois

Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei refira – quer dizer, para anular a lei como tal.⁹³

Quanto aos efeitos temporais da declaração de constitucionalidade, deixava assente o *Verfassungsgerichtshof* que “uma lei contrária à Constituição não é inválida, ou melhor, não é absolutamente nula, mas sim um ato inconstitucional que preserva a sua força jurídica até a sua cassação.”⁹⁴

A regra da Constituição Austríaca dos efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade é explicada e justificada por HANS Kelsen. Para o mestre austríaco, até o momento da declaração da inconstitucionalidade

a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como ‘inconstitucional’. Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legislação têm o sentido de que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas da forma constitucionalmente prevista. As chamadas leis ‘inconstitucionais’ são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial.⁹⁵

Assim, a aplicação da lei inconstitucional é obrigatória até que a Corte ou Tribunal venha a declará-la como inconstitucional e expurgá-la do ordenamento jurídico. Ao contrário do sistema norte-americano, a inconstitucionalidade não gera

⁹³ **Teoria Pura do Direito**, p. 290. Lembra ainda LUÍS ROBERTO BARROSO que “Kelsen queria com isso evitar um *governo de juizes*, numa época em que havia certa *revolta dos juizes* contra a lei. O mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da *Escola livre do direito e da Jurisprudência livre*. Proibindo os juizes de deixar de aplicar as leis procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento.” Op. cit., p. 19.

⁹⁴ MARTINS; MENDES, op.cit., p.12.

⁹⁵ Op. cit., p. 290.

nulidade, mas anulabilidade. Por consequência, sua declaração é feita através de uma sentença constitutiva, produzindo apenas efeitos *ex nunc*. Na afirmação de MAURO CAPPELLETTI, “A Corte Constitucional não declara a nulidade, mas anula, cassa (*aufhebt*) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado é a lei válida e eficaz, posto que constitucional.”⁹⁶

Da passagem de Kelsen, extrai-se também que, por ter o ato inconstitucional força jurídica até o momento da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que declara a sua inconstitucionalidade, a Corte estaria atuando como um verdadeiro legislador negativo. Em outras palavras, ao retirar do ordenamento uma norma válida, no aspecto técnico-formal, a Corte Constitucional está legislando negativamente, isto é, está interferindo na produção do ordenamento jurídico.

Dessa forma, DANIEL SARMENTO explica que a supressão da norma inconstitucional por “...tal órgão seria uma espécie de ‘legislador negativo’, já que teria por atribuição retirar do sistema as normas editadas em desconformidade com os parâmetros formais e substantivos plasmados na Constituição, tendo as suas decisões eficácia *ex nunc*.”⁹⁷ Contudo, GILMAR FERREIRA MENDES, ressalta que pode a Corte romper com esse papel de legislador negativo, ao reconhecer que a norma só poderá ter uma interpretação possível; aquela *conforme a Constituição*.⁹⁸

Dessa forma, o sistema de controle de constitucionalidade austríaco é sempre concentrado, ou seja, exercido por um Tribunal Constitucional. No entanto, poderá a questão constitucional ser analisada em sede de controle abstrato, através de ações diretas, ou em sede de controle concreto, quando apreciado um recurso ou uma questão constitucional suscitada em processo judicial por um tribunal de 2º grau de jurisdição. No primeiro caso, as decisões possuem eficácia *ex nunc*. Já no segundo, os efeitos da invalidação da norma serão *ex tunc* para as partes do processo, mas a eficácia da decisão, para terceiros, também será *ex nunc*.⁹⁹

Embora já restasse evidente a manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no sistema austríaco, a prática constatou um grave defeito que 1929 foi corrigido. A possibilidade dos efeitos serem apenas *ex nunc* ou

⁹⁶ CAPPELLETTI, op. cit., p. 118.

⁹⁷ SARMENTO, op. cit., p.105.

⁹⁸ MENDES, **Controle de Constitucionalidade...** p. 134-135.

⁹⁹ SARMENTO, op. cit., p. 107.

ex tunc, ignorava o fato de que diversas controvérsias judiciais pendentes tinham como objeto a prática de um ato protegido pela lei, que somente, agora, teria sido declarada inconstitucional.

Ou seja, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade, a lei continuaria legitimando os atos passados que geram controvérsias judiciais. Por isso, o sistema austríaco passou a admitir que, após a declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional, nos casos concretos debatidos na via de exceção, em que houvesse a arguição de constitucionalidade da lei declarada inconstitucional, deveria ser aplicada a decisão que reconheceu inconstitucionalidade, até mesmo para os fatos praticados antes do seu pronunciamento.

Admissão de efeitos retroativos da lei inconstitucional para os casos concretos *sub judice* causou um descompasso. Lembra MAURO CAPPELLETTI que na prática pode-se estar diante de uma “grave disparidade de tratamento dos cidadãos”, pois, beneficia-se apenas os procedimentos em que a constitucionalidade da lei foi argüida, sem estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos casos análogos que, entretanto, não fizeram a arguição. Para esses continuará a vigorar lei inconstitucional.¹⁰⁰

Deve-se destacar que o sistema austríaco ainda confere ao Tribunal Constitucional outra margem para a restrição dos efeitos da decisão. No exercício do poder discricionário poderá a Corte dispor sobre o momento que a anulação da lei começará a operar. Isto é, poderá se estabelecer efeito *pro futuro* não superior a um ano. Nas palavras de CAPPELLETTI “a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação (*Kundmachung*) de seu pronunciamento, contanto que esse diferimento da eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano.”¹⁰¹

Outro efeito possível que deve ser destacado é o reprecinatório. Por esse a lei revogada pela lei declarada inconstitucional volta a compor o ordenamento jurídico. Assim, por determinação do Tribunal, a declaração de inconstitucionalidade resulta na entrada em vigor daquelas disposições legislativas que preexistiam à lei

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 122.

¹⁰¹ De acordo com CAPPELLETTI, na Turquia (art. 152, §2º da constituição de 1961) o limite é seis meses, o mesmo também na Iugoslávia (art. 245-46 Constituição de 1963 = seis meses para que Parlamento Federal adapte a lei à Constituição) Ibid., p. 116.

inconstitucional. O efeito repressinatório tem um importante papel na unidade e harmonia do ordenamento, pois visa evitar a produção de um vácuo legislativo em virtude da anulação da lei inconstitucional.

Frente a esse complexo sistema de fiscalização da constitucionalidade do ato legislativo, MAURO CAPPELLETTI afirma que o modelo implementado na Áustria “é mais completo que o método americano”¹⁰², mas também que o sistema austríaco seja “...talvez, mais perigoso, porque pode efetivamente, dar, às vezes, à atividade das Cortes Constitucionais — submetendo a elas também aquelas *non-justiciable political questions*, que não são admissíveis nos U.S.A. — uma coloração excessivamente política, ao invés de judicial.”¹⁰³

Contudo, a flexibilidade dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade oportunizada pelo sistema austríaco conduz a uma maior efetividade do texto constitucional. E como bem destaca JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO não se pode esquecer que o sistema austríaco teve importante papel na defesa dos princípios fundamentais da Constituição e, em especial, na tutela dos direitos fundamentais.¹⁰⁴

2.3 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

O controle judicial de constitucionalidade das leis foi inserido no ordenamento jurídico pátrio na Constituição Imperial de 1890, art. 58 § 1º, al. ‘a’ e ‘b’. Na seqüência, o art. 3º do Decreto 848/1890 estabeleceu que o dito controle fosse feito por via de exceção, sendo que os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade seriam sempre retroativos à data da publicação da lei. Foi apenas com a inserção da Emenda Constitucional nº. 16/65 na Constituição de 1946

¹⁰² Ibid., p. 112

¹⁰³ Lembrando os escritos de KAUPER em *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, CAPPELLETTI argumenta que “....no sistema norte-americano, nunca as ‘constitutional questions’ podem ser levadas perante as Cortes e ser decididas por estas se não ‘in so far as they are issues relevant to the disposition of a concrete case or controversy’, com a consequência de que ‘the courts will decide abstract questions of constitutional power. Such questions of governmental power are regarded as ‘non-justiciable’ or ‘political’ questions.”

¹⁰⁴ Op. cit., p. 236.

que passaram as leis brasileiras a ser objeto de controle de constitucionalidade abstrato.¹⁰⁵

Apesar de Constituição de 1967 nada conter sobre os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, em virtude da fortíssima influência norte-americana na formação do sistema de controle de constitucionalidade das leis — a qual norteou a origem da competência recursal do Supremo no campo do controle difuso — foi natural que a doutrina estendesse ao controle concentrado o seu antigo entendimento acerca da nulidade e da retroatividade da lei declarada inconstitucional.¹⁰⁶

Já estava pacificado na doutrina brasileira tradicional que o vício da inconstitucionalidade atesta a inexistência da lei. Assim, durante um longo período equipararam-se nulidade e inconstitucionalidade, uma vez que o reconhecimento de efeitos à lei inconstitucional significaria a suspensão provisória ou parcial da Constituição.¹⁰⁷ Nesse sentido, pode-se conferir o pensamento dos principais constitucionalistas brasileiros da época. Para ALFREDO BUZAID:¹⁰⁸

Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda a lei adversa à Constituição é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva da inconstitucionalidade atinge no berço, fere *ab-initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve pois nem um único momento de validade. O que afirma, em suma, a doutrina americana e a brasileira é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço, e não adquire jamais com o decurso do tempo... Uma lei não pode, há um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. Espósito observou que 'as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias, têm eficácia, mas não têm validade'. Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. (...) Embora executória, até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*.

¹⁰⁵ Mesmo com a introdução do art. 119, inc. I, al. 'I', na Constituição de 1967, que não condicionou os efeitos da decisão a qualquer providência ou instância, o STF continuou encaminhando a decisão ao Senado Federal conforme o art. 91, inc. IV, da Constituição de 1934. Somente em 1977, após um minucioso trabalho do Min. Moreira Alves é que as declarações proferidas em sede de controle abstrato passaram a ter efeitos *erga omnes* assim que transitadas em julgado suas decisões. (MENDES, op. cit., p. 277).

¹⁰⁶ CASTRO, op. cit., p. 54. Acrescenta OSWALDO LUIZ PALU que a introdução do sistema abstrato da fiscalização da constitucionalidade das leis resultou em um verdadeiro paradoxo, pois foi adotado o controle abstrato, que possui pressupostos e consequências específicas, sem abrir mão da teoria norte-americana da nulidade *ab initio* do ato inconstitucional. Não foi levado em consideração que no sistema concreto de controle há fatos subjacentes que pleiteiam, para a sua solução, a retroatividade dos efeitos da declaração, pelo menos *inter partes*. (Op. cit., p. 162-163).

¹⁰⁷ MARTINS; MENDES, op. cit., p. 313.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 128-132.

No mesmo sentido, FRANCISCO CAMPOS¹⁰⁹ afirmou que:

Um ato ou uma lei inconstitucional é ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é uma lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca tivesse existido.

Por sua vez, LÚCIO BITTENCOURT justificava a adoção da teoria da nulidade do ato inconstitucional argumentando que:

Na ordem jurídica interna, a Constituição é a *lei suprema*, a matriz de todas as outras manifestações normativas do Estado. A lei ordinária é '*determinada*' em seu conteúdo e em seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva, representando, em última análise, mera '*aplicação*' dos preceitos constitucionais, podendo-se dizer, no dizer de Kelvin, que a lei é a execução da Constituição, do mesmo modo que a sentença é a execução da lei.¹¹⁰

Finalmente, não se pode deixar de citar RUI BARBOSA, o grande responsável pela adoção do sistema norte-americano no Brasil defendia que “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência nula.”¹¹¹

Apesar de a doutrina brasileira ter se manifestado com veemência acerca da teoria da nulidade norte-americana, não se preocuparam os doutrinadores pátrios, e tampouco a jurisprudência, em fundamentar a sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, aceitando-a de forma incontestável, como um verdadeiro dogma.

Tal crítica foi formulada pelo próprio LÚCIO BITTENCOURT, que, como visto anteriormente, entendia que a lei inconstitucional é nula. De acordo com o autor

os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa, ou o fundamento. Nem o grande Rui com seu gênio estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram sobre o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.¹¹²

É interessante destacar que a nulidade da lei inconstitucional, unânime entre os constitucionalistas, era combatida por respeitáveis processualistas.

De acordo com o grande PONTES DE MIRANDA, aqueles que designam a eficácia declarativa às sentenças que afirmam a inconstitucionalidade da lei,

¹⁰⁹ **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1942, p. 137.

¹¹⁰ BITTENCOURT, op. cit., p. 63-64.

¹¹¹ **Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**, 1893, p. 47. Apud BARROSO, op. cit., p. 18.

¹¹² Lot. cit., p. 141.

equivocam-se na compreensão entre os planos de existência, da validade (nula ou anulável) e da eficácia.

Para que a decisão positiva sobre a inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria: “Não existe”; e a eficácia seria a de toda decisão declarativa.¹¹³

Não foi apenas a doutrina que manteve intocável a teoria da nulidade do ato inconstitucional.¹¹⁴ Mesmo após a inserção da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis, a posição predominante no Supremo Tribunal Federal (STF) continuou sendo a de que a lei inconstitucional é nula *ispo iuri* e *ex tunc*¹¹⁵.

Contudo algumas tentativas esparsas de afastar a teoria da nulidade da lei inconstitucional chegaram a fazer parte dos debates do STF. A argumentação utilizada para afastar a teoria da nulidade consistia no fato de que toda lei editada regularmente tem presunção de constitucionalidade, e que os atos praticados com boa-fé não podem ser desconstituídos sob pena de infringir-se o direito fundamental à segurança jurídica. Por essas razões, a lei inconstitucional não seria nula, mas anulável.

Nesse sentido, cabe lembrar do célebre voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu, no RE nº. 79.343- BA¹¹⁶, em que o STF considerou que não seria possível a aplicação da doutrina restritiva porque o negócio jurídico realizado não teria tomado em consideração a lei posteriormente declarada inconstitucional. Os efeitos da presunção de constitucionalidade e da boa-fé não poderiam ser olvidados. Isso

¹¹³ MIRANDA, P.de. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº. 1 de 1969**. tomo III. 2º ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1973. p. 619.

¹¹⁴ Não podemos aqui esquecer dos protestos feitos por alguns processualistas contra a nulidade da lei inconstitucional. A começar por Pontes de Miranda que, como já visto em capítulo anterior, defendia o caráter constitutivo-negativo das sentenças de inconstitucionalidade, o que significa que o vício passa a ter valor jurídico somente após o seu reconhecimento. Outro processualista que rebate a teoria da nulidade, é paranaense EGAS MUNIZ DE ARAGÃO. O Professor Catedrático da Universidade Federal do Paraná entende que “Da forma adotada pela Constituição para resolver os conflitos surgidos entre as leis ordinárias e o seu próprio texto resulta, como acentuamos, a inconstitucionalidade da lei e não a sua inexistência (...) Decorre deste princípio que a decretação da inconstitucionalidade opera efeitos *ex nunc* e válidos são os atos praticados na vigência da lei, enquanto não impugnada e admitida a procedência da impugnação. É corolário dessas afirmativas o de que a decretação da inconstitucionalidade não apanha o passado, gera consequências apenas para o futuro”¹¹⁴ (Op. cit., p. 365).

¹¹⁵ Rp. 971, Min. Djaci Falcão, RTJ 87/758; RE 93.356, Min. Leitão de Abreu, RTJ97/1369; Rp.1016, Min. Moreira Alves, RTJ 95/993, Rp. 1077, Moreira Alves, RTJ101/503, MS 17.076, Min Amaral dos Santos, RTJ 55/744.

¹¹⁶ RTJ 82/723.

deveria ser aplicado pelo menos nas relações entre o poder público e a esfera privada.

Tenho que procede a tese, consagradas pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

A argumentação proposta pelo Ministro Leitão de Abreu não foi aceita pela Corte. Na realidade o voto do Ministro veio apenas propor uma reflexão sobre o tema — o que de resto é muito válido, pois ainda não se tinha nenhuma notícia desta reflexão —, pois, logo após proferir o voto enunciado, o próprio Ministro recusou a teoria kelseniana defendida no RE 93.356¹¹⁷.

Nos dois casos, a tese por mim sustentada pressupunha a existência de situação jurídica formalmente constituída, com base em ato praticado, de boa-fé, sob a lei que só posteriormente veio a ser declarada inconstitucional. Ora, como se assinala, com precisão o parecer do Procurador Geral da República, não é esse o caso dos autos, pois que o poder público não chegou a reconhecer ao recorrente o direito ao cômputo do tempo de serviço, a que reporta.

Como afirma CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, o que importa é que ficou reconhecido “um temperamento ao dogma da retroatividade total da decisão, especialmente para deixar imunes as situações jurídicas formalmente constituídas com base em ato praticado de boa-fé sob lei que só posteriormente se declarou inconstitucional.”¹¹⁸

Mais tarde, questões de ordem prática levaram o STF a mitigar a teoria da nulidade. Um caso paradigmático foi o do RE 78.594¹¹⁹. Nessa oportunidade, foi acolhida a tese do Ministro Relator Bilac Pinto, que relativizou nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional ao adotar a teoria do funcionário público de fato. Pautando-se nessa teoria, foi possível a preservação de todos os atos praticados por Oficial de Justiça investido no cargo público, com fundamento em lei estadual inconstitucional.

¹¹⁷ Apud MENDES, **Controle de Constitucionalidade...** p. 324.

¹¹⁸ Op. cit., p. 251.

¹¹⁹ RTJ 71/571 apud CAMPOS, op. cit., p. 60.

Além disso, reconheceu-se que a nulidade *ex tunc* não afeta a coisa julgada, que só poderia ser desconstituída por meio de ação rescisória com prazo contado a partir da declaração de inconstitucionalidade.¹²⁰

A mitigação da teoria da nulidade também foi tema do voto do Min. CELSO MELLO na Questão de Ordem proferida na ADI nº. 653 - MA citado por LUÍS ROBERTO BARROSO¹²¹

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança inclusive os atos pretéritos com base nela praticados, visto que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos praticados pelo Poder Público, desampara as situações constituídas sob a sua égide – ante a inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito. (DJU 2 de abril de 1993).

Porém esse posicionamento não foi respaldado pelo STF, que manteve o entendimento de que a validade de um ato inconstitucional é impossível perante o princípio da supremacia da Constituição. O reconhecimento da validade da lei derruba pilar do ordenamento jurídico: a supremacia da Constituição¹²².

Contudo a teoria da nulidade da lei defendida pelo STF e pela doutrina tem, fundamento constitucional. Várias passagens do texto constitucional de 1988 indicam a adoção do princípio da supremacia da Constituição, o que significa proibição expressa de serem tolerados atos legislativos incompatíveis com a Constituição.

Assim, verifica-se que (I) o princípio do Estado de Direito fixado no art. 1º; (II) a aplicação imediata dos direitos fundamentais, art. 5ª, §1º; (III) a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais referentes aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma da Constituição; e (IV) o direito fundamental ao mandado de injunção, art. 5º, inc. LXXI, enfatiza o direito do cidadão à atividade legislativa que garanta a supremacia da Constituição e sua efetividade.

Ressalta-se ainda que é direito de todo indivíduo, bem como uma faculdade dos juízes e tribunais, deixar de cumprir a lei inconstitucional. Tais prerrogativas baseiam-se em que a lei inconstitucional é nula, não existe, não tem validade, nem eficácia. A lei nula não pode gerar direitos, tampouco imputar deveres, portanto, o

¹²⁰ MENDES, **Jurisdição Constitucional**..., p. 259.

¹²¹ Op. cit., p. 20.

seu cumprimento, ou a submissão aos seus efeitos, é inexigível tanto para os cidadãos quanto para os juízes e tribunais. (art. 97 e 102, III, 'a', 'b' e 'c' da CF/88).

Tendo em vista esses preceitos constitucionais que afirmam o princípio da supremacia da Constituição sobre as leis e, por conseqüência, a nulidade da lei inconstitucional, GILMAR FERREIRA MENDES admite que “é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parece reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição.”¹²³

No entanto, como aponta o referido autor, a orientação constitucional da nulidade da lei com ela incompatível não impede que sejam adotadas soluções diferenciadas para os casos de inconstitucionalidade por omissão e para a preservação do postulado fundamental do Estado de Direito: a segurança jurídica.¹²⁴ Acrescente-se a isso que também não há barreiras para a salvaguarda do princípio orientador da Constituição de 1988: a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, adverte CLÊMERTON MERLIN CLÈVE que:

nos caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem-números de situações jurídicas...o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação da proteção da confiança.¹²⁵

Com o intuito de tutelar esse impasse constitucional, foi proposta na Assembléia Constituinte de 1988 pelo então Senado Maurício Corrêa, a inserção de um dispositivo que permitiria a manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. De acordo com a redação do dispositivo proposto, o STF poderia decidir se a declaração de inconstitucionalidade produziria efeitos *ex tunc* ou se seus efeitos começariam a vigorar apenas a partir da data da publicação da decisão.¹²⁶

A proposta foi rejeitada sob o antigo, e válido, argumento da supremacia da Constituição. Porém, no processo de Revisão da Constituição, a mesma idéia reapareceu. Dessa vez, a proposta de introduzir na Constituição um artigo que autorizasse a manipulação dos efeitos temporais das declarações de

¹²³ Lot. cit., p. 326.

¹²⁴ Idi.

¹²⁵ Op. cit., p. 251

¹²⁶ A redação deste projeto era a seguinte: “art. 127, § 2º, Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderam eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.” (Cf. MARTINS; MENDES, op. cit., p. 316).

inconstitucionalidade foi feita pelo então Ministro Nelson Jobim. Novamente a idéia não vingou.¹²⁷

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO lembra que a ausência de um permissivo constitucional para a manipulação dos efeitos não seria empecilho para sua realização, uma vez que “assim também não o fizera a Constituição dos Estados Unidos de 1787, a ponto de permitir a guinada exegética conduzida pelo pré-apreciado caso *Linkletter*, no ano de 1965.”¹²⁸

Contudo, no Brasil, a retroatividade absoluta da lei inconstitucional só foi mitigada por via da intervenção legislativa. Embora o STF já tivesse reconhecido algumas fórmulas de preclusão fundadas no princípio da segurança jurídica¹²⁹, a teoria da nulidade ainda prevalecia na jurisprudência da Corte de forma quase unânime.¹³⁰ Foi apenas com a inserção do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 que o Tribunal começou a admitir, de forma mais tranqüila, a manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

Sem dúvida, o rompimento com a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional foi uma grande conquista para o ordenamento brasileiro, pois, como lembra CARLOS ROBERTO CASTRO, ao citar a clássica obra de OTTO BACHOF – *O Juiz Constitucional entre o Direito e a Política*,

As decisões invalidatórias de uma lei podem ocasionar catástrofes, não apenas para o caso concreto, mas também para um invisível número de casos, quando essas decisões são politicamente equivocadas.” (...) “Mais que os juízes dos outros âmbitos da Justiça, pode e deve o juiz constitucional não perder de vista as conseqüências – e tão frequentemente as conseqüências políticas – de suas sentenças.”¹³¹

MAURO CAPPELLETTI destaca que a relativização das teorias absolutas é uma exigência de ordem prática, tanto é que na Áustria tais exigências práticas levaram, em 1929, à atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade. Por outro lado, nos Estados Unidos da América, bem como na Alemanha e na Itália,

¹²⁷ SARMENTO, op. cit., p. 124.

¹²⁸ CASTRO, C. R. S. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das Leis nº.9.868 e 9.882/99. In: Daniel Sarmento. **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.86.

¹²⁹ PALU, op. cit., p.175.

¹³⁰ Idi. Cf. ADI 971, RTJ 87/758, rel. Min. Djaci Falcão; RE 93.356, RTJ 97/1.369, rel. Min. Leitão de Abreu; ADI 1.106, rel. Min. Moreira Alves. “Imposto. Declaração de Inconstitucionalidade. Efeitos da suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade, torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional.” (RMS 17.976, rel. Min. Amaral Santos).

¹³¹ CAMPOS, op. cit., p. 97.

as exigências práticas também induziram a atenuar a doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade¹³².

Apesar da resistência à limitação dos efeitos da sentença pela doutrina e pela jurisprudência, GILMAR FERREIRA MENDES também comemora a introdução do art. 27 lembrando que “...a limitação dos efeitos é um apanágio para o sistema de controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no incidental.”¹³³

A possibilidade de manipulação dos efeitos da sentença que declara a inconstitucionalidade é, sem dúvida, um progresso extraordinário para a evolução do direito brasileiro. Já era tempo de se reconhecer que nada é absoluto e que as relações sociais são muito mais dinâmicas e ricas que as regras jurídicas. A limitação dos efeitos, seja *ex tunc*, *ex nunc*, seja *pro futuro*, é uma importante ferramenta para a construção de um direito constitucional mais efetivo e uma porta para a aplicação da dogmática de um direito constitucional emancipatório. A questão é o tema central dessa dissertação e será analisada em capítulo a seguir.

¹³² CAPPELLETTI, op. cit., p. 122.

¹³³ MENDES, **Jurisdição Constitucional**..., p. 322.

3. A LEI N.º. 9.868/99 E AS POSSIBILIDADES DE MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A retroatividade da lei constitucional era assunto pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria. No entanto, em virtude das peculiares dos casos concretos, o Supremo Tribunal Federal já havia percebido que seria inevitável “...que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou atenuando o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica.”¹³⁴ Porém, foi somente através da edição da Lei n.º. 9.868/99¹³⁵ que surgiu no direito brasileiro uma nítida possibilidade de manipular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

A faculdade de restringir esses efeitos, generalizada nos mais diversos sistemas de jurisdição constitucional, consiste em uma competência atribuída aos juízes e tribunais que apreciam o fundamento de validade das leis e atos normativos, para que, perante as circunstâncias concretas, possam estabelecer qual será a eficácia temporal de seus julgados.

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, ao comentar a criação dessa nova competência jurisdicional, explica que “busca-se com esse modelo de *justiça*

¹³⁴ BARROSO, op. cit., p.21.

¹³⁵ A Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999 regulamentou a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Quanto à sua legitimidade, questiona LÊNIO LUIZ STRECK se a Lei n.º 9.868/99 “*trata-se de uma norma processual ou de uma norma ligada à jurisdição processual?*” Para responder essa questão lembra que a Lei 9.868/99, estabeleceu efeito vinculante, institucionalizou a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, a previsão de efeito avocatório em sede de liminar em ação declaratória de constitucionalidade e a inversão dos efeitos em ambas as ações, “só para citar alguns detalhes, que não permitem que a ela se dê o epíteto de mera lei processual”. Assim, destaca que a Constituição fixou competência privativa para a União legislar sobre direito processual, mas nada dispôs acerca de normas de jurisdição constitucional. Afirmar assim que é “incabível portanto, no estreito caminho do art. 22, inc. I, da Constituição Federal.” E que “tudo está a indicar que a Lei 9.868 não é uma simples regra de direito processual, e, sim, de algo novo no direito brasileiro, qual seja, a especificação do funcionamento da jurisdição constitucional. Deste modo, somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de uma lei poderia tratar-se dessa matéria. E tudo estaria a recomendar que uma lei desse quilate devesse ser votada e aprovada por quorum de maioria qualificada. Desse modo, parece, não ser desarrazoado afirmar que a Lei n.º 9868/99 carece de legitimidade formal, por falta de previsão constitucional acerca possibilidade de sua edição. Daí sua inconstitucionalidade”. (**Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 542).

discricionária, garantir a segurança de determinadas relações jurídicas constituídas sob a égide de normas proscritas do ordenamento positivo presidido pelo estatuto supremo dotado de rigidez constitucional.”¹³⁶

Sobre a flexibilização da retroatividade da lei inconstitucional DANIEL SARMENTO alerta que é “...imperioso que se conceda certa ‘margem de manobra’ ao Judiciário, para que possa buscar em vista das peculiaridades da situação concreta uma solução que acomode, na medida do possível, os interesses em disputa, sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento do outro.”¹³⁷

Destaca ainda que, a ausência dessa prerrogativa poderia levar o Poder Judiciário a assumir duas posturas insatisfatórias: pode o Judiciário preservar a lei inconstitucional no ordenamento por receio das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, ou pior, pode manter-se indiferente a essas conseqüências e declarar mecanicamente a inconstitucionalidade, mesmo que isso implicasse a violação de direitos e valores constitucionais. Nesse sentido também REGINA FERRARI comemora a inovação ressaltando que:

veio em boa hora a previsão, mesmo que seja por via legislativa, da capacidade do Supremo Tribunal Federal de restringir, por voto de dois terços de seus membros tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Mesmo porque, a falta de tal possibilidade pode, muitas vezes, obrigar aos Tribunais a se absterem de manifestar um juízo de inconstitucionalidade flagrante.¹³⁸

Assim, a manipulação dos efeitos temporais de decisão de inconstitucionalidade, deve ser um exercício de ponderação entre a superioridade das normas constitucionais e a salvaguarda da segurança das relações jurídicas estabelecidas sob a égide da lei inconstitucional. Por isso, REGINA FERRARI defende que não se trata de “...desvirtuar a finalidade do Direito...”, mas que a limitação dos efeitos é uma forma de “...proporcionar harmonia na convivência social...”, pois traz à sociedade a “...satisfação de suas necessidades de segurança e estabilidade em seu relacionamento.”¹³⁹

A introdução de dispositivos que facultem a mitigação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, a qual durante longos anos foi pacífica no direito brasileiro,

¹³⁶ Op. cit., p. 40.

¹³⁷ SARMENTO, op. cit., p. 125-126.

¹³⁸ FERRARI, op. cit., p. 326.

¹³⁹ FERRARI, op. cit., p. 325.

veio certamente inspirada em constatações de ordem prática, que bem se exprimem nas ponderadas palavras de CLÉMERTON MERLIN CLÈVE:

Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Portanto, cumpre, sim, manter a coerência dos postulados teóricos e doutrinários, mas nem isso está-se autorizado a desprezar as exigências e desafios que a experiência vai impondo às condutas humanas e às categorias jurídicas. Cabe à Jurisprudência e ao Judiciário, a insubstituível tarefa de, observados os valores que o direito não pode descurar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a utilidade das formulações teóricas, adaptando uns e outras aos renovados fatos que a vida oferece todos os dias.¹⁴⁰

Tendo em vista o exposto, por uma questão de opção metodológica, destinar-se-á este capítulo para a análise das modificações introduzidas pela Lei nº. 9.868/99 no campo da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade. Para que, após a plena compreensão dos conceitos operacionais que facultam a mitigação da nulidade da lei inconstitucional, possa-se, no capítulo a seguir, adentrar nos conflitos de ordem prática que podem ter suas soluções profundamente modificadas através da aplicação adequada dos instrumentos de manipulação dos efeitos da decisão que serão examinados adiante.

3.1 A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM ADI E AS POSSIBILIDADES DO ART. 27 DA Nº. 9.868/99

A prerrogativa criada pelo artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 para que Supremo Tribunal Federal, *ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*, dividiu a doutrina entre aqueles que formularam severas críticas a tal possibilidade e os que a receberam com grande entusiasmo. Esse impasse doutrinário é de fácil percepção.

A começar por aqueles que não viram com bons olhos a permissão da mitigação dos efeitos da lei inconstitucional através de lei ordinária, traz-se a crítica de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a qual talvez seja a mais feroz que o

¹⁴⁰ CLÈVE, op. cit., p. 255.

dispositivo recebeu. Ao analisar o art. 27 da Lei nº. 9.868/99, o ilustre constitucionalista levanta três argumentos que indicam sua insatisfação com o modelo de manipulação dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade formulado pelo dispositivo. Primeiro, destaca que a restrição de efeitos torna possível a admissão da permanência de norma inconstitucional no ordenamento, de modo que o controle de constitucionalidade torna-se inútil e a Constituição brasileira deixa de ser rígida. Em seguida, ressalta que a sentença de inconstitucionalidade não tem mais natureza declaratória, mas sim constitutiva negativa — como ensina de Pontes de Miranda — impedindo, assim, a formulação de uma ação declaratória de constitucionalidade. Em terceiro, destaca que os requisitos materiais trazidos pelo artigo 27 — segurança jurídica e excepcional interesse social — denotam um caráter político para a Corte Constitucional, uma vez que atuam dentro de espaço próprios da conveniência e da oportunidade. Após essas reflexões chega à conclusão de que “...não é mais rígida a Constituição...” e de que o Supremo Tribunal Federal se tornou uma terceira Câmara do Poder Legislativo.¹⁴¹

Analisando o art. 27, sob o aspecto da competência constitucional dos poderes da República, PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, afirma que “não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso o Poder Judiciário. Tal possibilidade já se encontra implícita no sistema constitucional, sendo desnecessária tal previsão.”¹⁴²

Por um prisma semelhante, FISCHER, ao tecer comentários sobre a prerrogativa do art. 27, alerta que a inconstitucionalidade do dispositivo não está apenas no aspecto formal, pois “...mesmo a Emenda Constitucional não é instrumento correto para regulamentar a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (...). Afinal, não se pode conferir ao ‘poder controlado’ (Congresso), a possibilidade de restringir a atuação do ‘poder controlador’ (Poder Judiciário), seja por qual instrumento for”. Ressalta o autor que existência um permissivo como esse infringe uma cláusula pétrea, qual seja, o princípio da separação de poderes, e representa a adoção de uma solução extremada que

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, M. G. O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações do Controle de Constitucionalidade (Lei.n. 9.868, de novembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo. vol. 220. p. 01. abr./jun.2000. p. 11-12.

¹⁴² Apud FERRARI, op. cit., p. 297-298.

somente poderia se dar por conta e risco exclusivos do próprio Poder Constituinte Originário.¹⁴³

No entanto, perante o silêncio da Constituição, o autor destaca que de duas ou uma: ou a restrição dos efeitos da sentença é competência do próprio STF, ou então, é matéria de reserva de lei. A segunda opção deve ser afastada, pois, se assim fosse, todas as decisões proferidas pelo STF antes da Lei nº. 9.868/99, em que ocorreu manipulação dos efeitos temporais, seriam inválidas.¹⁴⁴ Por esse motivo o autor filia-se a primeira hipótese, a de que a manipulação dos efeitos insere-se nas prerrogativas do Tribunal.

A doutrina também se preocupa com a ampla margem de discricionariedade que os requisitos materiais do artigo 27 proporcionam ao STF, uma vez que segurança jurídica e excepcional interesse social são dois exemplos típicos de conceitos jurídico indeterminados¹⁴⁵. Sobre esse enfoque e considerando a ausência de prazo para a fixação dos efeitos *pro futuro*, INGO WOLFGANG SARLET, considera que essa inovação pode representar, no direito constitucional pátrio “...um espaço para arbítrio sem precedentes, pois poderá decidir quanto ao momento de incidências e seus efeitos, sem o estabelecimento qualquer tipo de limites.”¹⁴⁶

OSWALDO LUIZ PALU, ressaltando a inconstitucionalidade da determinação da represtinação das leis revogadas, da extensão do efeito vinculante para as ações diretas de inconstitucionalidade e da possibilidade de ser diferido o momento da eficácia da decisão para um certo tempo após o trânsito em julgado, entende que a Lei nº. 9.868/99 seria parcialmente procedente. Assim, destaca que não haveria a necessidade da introdução de um dispositivo que autorizasse a

¹⁴³ FISCHER, O.C. **A Manipulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade e Alguns Reflexos no Direito Tributário**. Curitiba, 2002. 250 f Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná. p. 167.

¹⁴⁴ “Para complicar, estaríamos aí, então, em uma desconfortável situação, já que não se admite ação rescisória em controle abstrato. Os prejudicados teriam que resolver em perdas e danos, se ainda houvesse tempo. Mais. Se bem pensarmos, a partir de uma tal lógica, as mencionadas leis, no fundo, teriam simplesmente operado uma intromissão nos julgados do STF, o que é de todo inadmissível. Afinal, concluir que são inválidas as restrições de efeitos realizadas antes daquelas leis, é concluir que o STF deveria ter adotado plenamente o efeito ‘ex tunc’, o que equivaleria dizer que suas decisões foram, juridicamente, anuladas parcialmente por um ato legislativo.” (Ibidi., p. 168).

¹⁴⁵ Em virtude uma opção metodológica, o estudo dos pressupostos materiais do art. 27 - segurança jurídica e excepcional interesse social - será feito no próximo capítulo deste trabalho.

¹⁴⁶ SARLET, I. W. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: ROTHENBURG, W. C.; TAVERES, A. R., **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 158.

FERRARI, op. cit., p. 319-320.

flexibilização do princípio da nulidade, pois “...esse princípio, implícito, não pode prevalecer se em choque com um outro princípio constitucionalmente vinculante: trata-se de mera interpretação da Constituição. Assim, sequer necessárias as leis citadas para que a Corte Constitucional tomasse as medidas que nela estão previstas.”¹⁴⁷

No mesmo sentido GUSTAVO BINENBOJM defende que a possibilidade de manipulação dos efeitos da decisão não provém da faculdade estabelecida pelo art. 27, mas que decorre da “...proteção de outros valores e princípios constitucionalmente assegurados...” por isso explica que ao decidir, o STF não estaria “...sobrepondo uma lei ordinária à Constituição, mas diversamente, estará ponderando valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional.”¹⁴⁸

Ainda, para CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, perante a ausência de um permissivo constitucional é perfeitamente possível que o Supremo Tribunal Federal “...no exercício da competência determinante do sentido e alcance do sistema de legalidade, que lhe é ínsita, evolua e atualize sua jurisprudência nesse campo de questões (...) de maneira a temperar a drasticidade do efeito retroativo em sua tradicional e ortodoxa feição.”¹⁴⁹

Apesar desses óbices e receios da doutrina quanto à constitucionalidade e à necessidade do art. 27, não se pode esquecer que as tentativas da jurisprudência do STF de flexibilizar a teoria da nulidade da lei inconstitucional não foram suficientes para que se admitisse com tranqüilidade no direito brasileiro a manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Assim, pode-se imaginar que se essa faculdade não fosse aberta pela via legislativa, continuar-se-ia a predominar o dogma da nulidade da lei inconstitucional, sem se fizesse qualquer juízo de ponderação com os valores constitucionais freqüentemente atingidos por esse posicionamento ortodoxo.

Nesse sentido, alertou Gilmar Ferreira Mendes que “...a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

¹⁴⁷ PALU, op. cit., p. 188-187.

¹⁴⁸ **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 184-185.

¹⁴⁹ CAMPOS, op. cit., p. 88 89.

acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.”¹⁵⁰

DANIEL SARMENTO também frisa a importância de se conceder ao STF um instrumento para manipulação de efeitos temporais que estivesse positivado na ordem jurídica, para o autor,

a inovação introduzida pelo art. 27 da lei n.9868 é, em linha geral, digna de encômios, na medida em que se outorgou ao STF os poderes necessários para que este tenha como exercer, a contento, a sua missão de guardião da Lei Maior. Na verdade, o Supremo Tribunal, no exercício da sua Magna função de protetor da Constituição não pode quedar-se indiferente às consequências dos seus julgados (...) De fato, é possível que uma norma legal se revele incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobre tudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional, do que sua manutenção provisória.¹⁵¹

Ao comentar dispositivo semelhante da Constituição portuguesa JORGE MIRANDA, defende que “...a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar.”¹⁵² Assim, entende que para evitar danos mais drásticos ao ordenamento quando a inconstitucionalidade é declarada, o direito português pode contar com uma “uma válvula de segurança da própria finalidade e efetividade do sistema de fiscalização”.¹⁵³

Com a mesma linha de raciocínio, a REGINA FERRARI pondera que:

Como, entre nós a postura relativa de aceitar a nulidade *ab initio* da lei inconstitucional sempre foi decorrente do posicionamento jurisprudencial, não parece chocar ou ser inconstitucional a previsão legal da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, não cabe rechaçar a modulação dos efeitos mas simplesmente constatar que a forma como foi implementada no Direito Positivo Brasileiro, dá causa a diversas posições e questionamentos, o que, seguramente não propiciará a tranquilidade e a segurança, finalidade principal do Direito.¹⁵⁴

Entretanto, FISCHER, ressalta que as decisões manipulativas devem ser exceção, e não um instrumento de utilização freqüente, razão pela qual devem contar com uma interpretação restritiva como ocorre em todos os casos de exceção. Sob esse aspecto, o autor enfatiza novamente que “...por trás, está em jogo, aqui, o princípio da separação de poderes, que muito bem deve ser balanceado em

¹⁵⁰ MARTINS; MENDES, op.cit., p. 318.

¹⁵¹ SARMENTO, op.cit., p. 125.

¹⁵² MIRANDA, op. cit., p. 274

¹⁵³ Ibid., p.275.

¹⁵⁴ FERRARI, op. cit., p. 301.

situações tais, para que o Poder Judiciário não assuma indevidamente, tarefas atribuídas constitucionalmente aos Poderes Legislativo e Executivo.”¹⁵⁵

O Projeto de Lei nº. 2.960 de 1997, ao apresentar a proposta de manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, apresentou a seguinte justificativa:

No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir juízo de censura, declarando a constitucionalidade das leis manifestamente inconstitucionais...Coerente com a evolução constatada no direito constitucional comparado, a presente proposta permite que o Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e interesse social, do outro.¹⁵⁶

No entanto, logo após a aprovação da Lei nº. 9.868/99, a constitucionalidade do art. 27 foi questionada em duas ações diretas de inconstitucionalidade. A ADI nº. 2.154, em que é relator o Ministro Sepúlveda Pertence, foi impetrada pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais e está concluída ao relator desde 10 de dezembro de 2001. Já a ADI nº. 2.558, em que é relator o Ministro Cezar Pelúzo, foi interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil e está concluída desde 04 de abril de 2006.¹⁵⁷

Vale ressaltar que, nos termos do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 a regra continua sendo a declaração de nulidade da lei inconstitucional. Somente em casos excepcionais, devidamente justificados, é que poderá o Tribunal optar por uma das possíveis fórmulas restritivas apresentadas pelo dispositivo legal.

Assim, GILMAR FERREIRA MENDES explica que, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, deverá o Supremo Tribunal, mediante um *quorum* de dois terços de seus membros, declarar a inconstitucionalidade da lei aplicando-lhe as seguintes sanções: **a)** declarar a inconstitucionalidade somente a partir do trânsito em julgado — efeitos *ex nunc* — como ou sem reprecinação da lei anterior; **b)** declarar a inconstitucionalidade com suspensão dos efeitos da declaração por tempo determinado pela sentença —

¹⁵⁵ FISCHER, op.cit., p. 99.

¹⁵⁶ Apud BESTER, G.M. **Direito Constitucional, vol. 1: Fundamentos Teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. p. 534.

¹⁵⁷ Disposição semelhante da Lei n. 9.882/99 foi impugnada na ADI 2.231.

efeitos *pro futuro* — com ou sem reprecinação; **c)** declarar a inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade*, suspendendo-se a aplicação da lei e dos processos em curso até que o tribunal venha a se manifestar, em tempo razoável sobre a situação inconstitucional e, finalmente, **d)** declarar a inconstitucionalidade com efeitos retroativos apenas para a preservação de algumas situações determinadas.¹⁵⁸

Dentre essas possibilidades de mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade trazidos pelo art. 27, a restrição com efeitos *ex nunc* - para os casos pretéritos, bem como para os pendentes - não suscitaram maiores controvérsias na doutrina, uma vez que o argumento de que a lei inconstitucional gozou, até de sua declaração, de presunção de constitucionalidade e ensejou atos praticados de boa-fé, foram suficientes para a sua admissão.

Quanto à possibilidade da declaração da inconstitucionalidade gerar efeitos *pro futuro*, as críticas são várias. A começar por LÊNIO STRECK, para quem limitar para o passado a eficácia da decisão é um problema, pois:

uma coisa é conceder efeitos *ex nunc* às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade; outra é especificar, para além do efeito *ex nunc* ou para alguém do efeito *ex tunc*, outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade. Com efeito, tenho que a concessão desse arbítrio ao Supremo Tribunal Federal tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei. Ora, nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor de prazo para o início da eficácia de sua decisão...Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. **Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade de mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, a partir da possibilidade do Tribunal Constitucional estabelecer efeitos *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia *pro futuro*, para além de mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.**¹⁵⁹ (sem o destaque no original).

DANIEL SARMENTO - quem também vê com ressalvas os efeitos *pro futuro* - explica que a intenção da lei ao proporcionar essa manobra era impedir que "...o expurgo da norma inconstitucional gerasse um 'buraco negro' legislativo, que, em

¹⁵⁸ MENDES, **Jurisdição Constitucional**...p. 395. Nesse sentido, BARROSO explica que "O dispositivo permite, portanto, que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo que fixe apenas para algum momento no futuro o início de produção dos efeitos da decisão, dando a norma uma sobrevida." (BARROSO, op. cit., p.186-187).

¹⁵⁹ STRECK, op. cit., p. 697-698.

certas situações, pode-se revelar mais danoso à ordem constitucional do que manutenção provisória do diploma legal censurado.”¹⁶⁰

Por isso, justifica-se também que a inconstitucionalidade *pro futuro* é um meio para se evitar a represtinação da norma inconstitucional, o que é de pronto rechaçado por FISCHER, quem não aceita os argumentos como o de que a inconstitucionalidade pode gerar a uma situação de vazio normativo ou fazer ressurgir a legislação anterior àquela declarada inconstitucional, trazendo, assim, piores conseqüências. Para o autor, as eventuais rupturas que declaração de inconstitucionalidade pode provocar na unidade do ordenamento jurídico “...é um problema exclusivo do poder público...”, que deve “...adaptar-se o mais rápido possível a decisão do STF.”¹⁶¹

Já para INFO WOLFGANG SARTE, a postergação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, embora deva ser sempre aplicada através de uma contextualização de seu sentido e alcance, “...constitui fator de grande insegurança jurídica e institucional, por si só é uma potencial ameaça para o Estado de Direito, além dos graves riscos e até mesmo de ofensas aos direitos fundamentais dos cidadãos.”¹⁶²

Nesse sentido, GISELA MARIA BESTER ao analisar o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 frisa que “uma das novidades mais negativas nos parece ser sem dúvida o fato de não se fixar nenhum prazo limite para que o STF manobre a fixação do início dos efeitos diferidos de que trata o art. 27 da lei.” Ou seja, para a autora, o problema está justamente na ausência de um prazo para a incidência de efeitos *pro futuro*, pois “...postergar o início dos efeitos não é uma novidade no direito comparado, mas desde que seja feito com limite de tempo.”¹⁶³

A mesma crítica é feita por DANIEL SARMENTO, quem observa que pela interpretação literal do artigo 27, “...o Supremo estaria autorizado a manter em vigor, por dez ou vinte anos, uma lei inconstitucional, cuja aplicação até lá, seria obrigatória para todos os juízes e tribunais.” Perante o problema, indica que é fundamental que seja sempre feita uma interpretação teleológica da norma em questão e do princípio constitucional da razoabilidade, afim de que sejam traçados

¹⁶⁰ SARMENTO, op. cit., p. 127-128.

¹⁶¹ FISCHER, op. cit., p. 201.

¹⁶² SARLET, I. W. op. cit., p. 162.

¹⁶³ BESTER, op. cit., p. 536.

na decisão alguns limites para a subsistência da norma, já reconhecida como inconstitucional, na ordem jurídica. Assim, aconselha que se conceda um prazo para que o legislador sane a inconstitucionalidade, como parâmetro sugere o “... dos prazos para a tramitação dos projetos de lei em regime de urgência (art. 64 da Constituição). De qualquer forma, nada justifica que se retarde mais de seis meses os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade.”¹⁶⁴

O mesmo entendimento é compartilhado por REGINA FERRARI, que lembra que nem o art. 27 — e nem o art. 11 da Lei n.º. 9.882/99¹⁶⁵ — estabeleceram limites para os efeitos *pro futuro*, deixando-os nas mãos do Supremo Tribunal Federal. Para a autora a limitação também está ligada a uma motivação razoável e a uma interpretação teleológica, de modo que “...não existe por que conceder prazo superior àquele necessário para a criação legislativa, podendo ser considerado como parâmetro o previsto constitucionalmente, para os projetos de lei com pedido de urgência, art. 64 da CF.”¹⁶⁶

OSWALDO LUIZ PALU destaca que a aplicação dos efeitos *pro futuro* estabelecidos pelo art. 27 não representa uma “situação constitucional imperfeita” ou de uma decisão que entende uma certa norma “ainda constitucional”, mas que “...trata-se de atribuir ao Supremo Tribunal Federal o poder para fixar prazo posterior ao do trânsito em julgado (efeito prospectivo futuro), para que a sanção nulidade passe a existir, deixando de impô-la de imediato, preservando a eficácia da norma questionada.” Assim, entende que a hipótese carece de suporte constitucional porque admite a permanência de uma lei inconstitucional no ordenamento jurídico mesmo após o seu reconhecimento.¹⁶⁷

Das palavras de PALU, percebemos que, além dos óbices levantados pela doutrina contra os efeitos *pro futuro*, essa hipótese de mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade, é, com freqüência, confundida com a declaração de inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade* e com a idéia de “lei ainda constitucional” proveniente do direito alemão. Por isso, passasse, a seguir, a uma

¹⁶⁴ SARMENTO, op. cit., p. 128.

¹⁶⁵ A Lei n.º. 9.882 de 10 de novembro de 1999 que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental estabeleceu no seu artigo 11 as mesmas possibilidades do art. 27 da Lei n.º. 9.868/99.

¹⁶⁶ FERRARI, op. cit., p. 331.

¹⁶⁷ PALU, op. cit., p.164-165.

breve elucidação dessas técnicas e como a doutrina vê a possibilidade de serem aplicadas no direito brasileiro.

3.1.1. A LEI AINDA INCONSTITUCIONAL E O APELO AO LEGISLADOR

Em regra, o vício da inconstitucionalidade, nasce com a lei, é um defeito que está no ato normativo desde a sua origem. No entanto, pode ocorrer que a lei, originariamente, seja perfeita sob o aspecto constitucional, mas que em virtude de circunstâncias posteriores que dêem nova conformação ao ato, esse passe a ser inconstitucional.

De acordo com DANIEL SARMENTO, trata-se essa situação de inconstitucionalidade superveniente¹⁶⁸, decorrente de alterações fáticas subjacentes à norma ou derivadas da aplicação de uma interpretação evolutiva da Constituição.¹⁶⁹ Assim, pode-se considerar que durante um certo tempo a norma originariamente constitucional entrará em um período de transição para a inconstitucionalidade até que seja esta situação consolidada.

A dificuldade está em é precisar a data em que a lei deixou de ser compatível com a Constituição, uma vez que nessa hipótese a declaração de inconstitucionalidade não poderá retroagir até a data da edição da lei, mas somente

¹⁶⁸ Para LÊNIO STRECK não se pode falar em inconstitucionalidade superveniente de norma anterior à Constituição “Ressalte-se que, se ocorrer revogação da lei objeto da ação direta no transcurso da ação, ou estando já a lei revogada quando do aforamento da ação, ocorrerá o não conhecimento, pela perda do objeto.” É o que ocorre, *mutatis mutandis*, com aquilo que se denomina de inconstitucionalidade superveniente (lei anterior a Constituição), que se resolve pela revogação (neste caso, implícita; naquele, explícita, por outra lei).” (Op. cit., p. 545-546).

¹⁶⁹ Não se esqueça que a inconstitucionalidade superveniente também pode decorrer de incompatibilidade material de lei originária da antiga ordem constitucional com a nova Constituição. Essas situações são tratadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como simples revogação da anterior pela nova Constituição. DANIEL SARMENTO explica que “para o STF, o conflito entre o direito pretérito e a nova Constituição deve ser enquadrado através do critério de cronológico de resolução de antinomias, e não pelo critério hierárquico”. (op. cit., p.119). Todavia a discussão perdeu sua relevância com a introdução da lei 9882 que ao regulamentar a ação de descumprimento de preceito fundamental admitiu o controle de constitucionalidade de direito pretérito a ordem constitucional vigente. A inovação é comemorada por DANIEL SARMENTO que elimina um espaço de insegurança deixado pela não submissão dessas normas ao controle de constitucionalidade, porém lembra que parte da doutrina, como por exemplo, para ALEXANDRE DE MORAES a essa nova possibilidade é inconstitucional porque a lei estendeu a competência constitucional do STF através da lei ordinária. (MORAES, A. **Jurisdição Constitucional Brasileira – Garantia Suprema da Constituição**. São Paulo: Editora Altas, 2000. p. 119 e 120.

até o momento em que o ato normativo tornou-se inconstitucional.¹⁷⁰ Nesse sentido, o autor lembra que

a inconstitucionalidade superveniente, pela sua própria natureza, representa uma necessária exceção ao postulado da retroatividade. A decisão só poderá fulminar os efeitos da norma produzidos depois do momento em que tiver se consumado o seu trânsito para a inconstitucionalidade. A dificuldade maior, aqui, estará em delimitar no tempo o momento em que mudança ocorreu.¹⁷¹

GILMAR FERREIRA MENDES, reproduzindo o raciocínio traçado pela doutrina alemã, explica que muitas vezes as relações, constatações e prognoses vislumbradas pelo legislador à época da edição da lei, sofreram mutações que fazem com que a lei, até então constitucional, não mais corresponda aos anseios da Constituição ou então esteja em via de colisão com ela.¹⁷² Por isso, conclui o autor que

eventual evolução na hermenêutica do texto constitucional, a radical mudança do conteúdo da lei, através da nova exegese da norma ou de efetiva alteração da realidade social, podem deflagrar o processo de inconstitucionalização (...). E não raras vezes, O Tribunal Constitucional é compelido a apreciar a controvérsia na fase intermediária da transição, quando ainda não existem evidências da consolidação do processo.¹⁷³

Ao deparar-se com essa situação, o Tribunal Alemão, em um posicionamento de extrema prudência, passou a notificar o Poder Legislativo para que solucionasse o impasse. Surgiu então o **apelo ao legislador**, situação em que, perante uma **lei ainda constitucional**, o Tribunal sinaliza a existência de um estado de transição. De acordo com GILMAR FERREIRA MENDES, sob “...uma perspectiva formal, o *apelo ao legislador* nada mais expressaria do que uma constatação desse incompleto *processo de inconstitucionalização*.”¹⁷⁴

Trata-se, nesse caso, de decisão em que o Tribunal reconhece a constitucionalidade da norma, mas alerta para o fato de que, em razão de mudanças das relações fáticas ou jurídicas, essa se encontra em trânsito para a inconstitucionalidade. A norma, em questão, ainda é constitucional, mas está a caminho para deixar de sê-lo. Nessa hipótese, declara-se a validade da norma, mas conclama-se o legislador a que proceda a sua correção – às vezes dentro de prazo

¹⁷⁰ SARMENTO, op. cit., p. 118.

¹⁷¹ Ibid., p. 123.

¹⁷² MENDES, **Controle de Constitucionalidade...** p. 22.

¹⁷³ Ibidem, p. 23

¹⁷⁴ MENDES, G.F. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 60.

determinado –, ou seja, que entre em ação para evitar que o processo de inconstitucionalização se complete.

De acordo com GILMAR FERREIRA MENDES, pode-se identificar três situações em o apelo ao legislador será feito: a) em virtude mudança das relações fáticas ou jurídicas, b) apelo ao legislador em virtude descumprimento de dever constitucional de legislar e c) apelo ao legislador em virtude da falta de ‘evidência’ de inconstitucionalidade.¹⁷⁵

O apelo ao legislador integra formalmente os fundamentos da sentença, como uma “função de advertência”¹⁷⁶ quanto à possível alteração de posicionamento do Tribunal em virtude de um processo de inconstitucionalização. Desse modo CANOTILHO destaca que o apelo ao legislador não “...é, em rigor, obrigatório para o legislador, mas constitui um ‘aviso’ ou ‘admoestação’ dirigida a este, indicador de que o Tribunal, no futuro, poderá não tolerar a inconstitucionalidade.”¹⁷⁷

Mais recentemente, o apelo tem sido feito na parte dispositiva da sentença, no entanto, não faz força de lei e não é coberto pela coisa julgada.¹⁷⁸ Como ensina ANDRÉ RAMOS TAVARES, o apelo ao legislador cumpre uma função de fundamentação, de modo que “...assim, a lei não fica imune às críticas que, no caso, deve sofrer naturalmente. Trata-se de *obter dictum* (coisa dita de passagem), não fazendo coisa julgada. Esta é incompatível com o aspecto provisório da situação, pois, do contrário, ter-se-ia uma norma eternamente em processo de passagem para a inconstitucionalidade.”¹⁷⁹

Dessa forma, a lei ainda inconstitucional será válida até o legislador venha a dar um novo tratamento para os fatos que essa lei regulamenta ou que o Tribunal declare sua inconstitucionalidade após uma nova provocação.

Merece destaque, ainda a GILMAR FERREIRA MENDES ao relatar as conseqüências práticas dessa técnica na Alemanha, onde foi criada. De acordo com o autor

¹⁷⁵ MENDES, G. F. Tribunal Constitucional Alemão – O apelo ao legislador – “Appellentscheidung” – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Direito Público**. n. 99, ano 25, jul/set., 2001. p. 36.

¹⁷⁶ FISCHER, op. cit., p. 109.

¹⁷⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1006.

¹⁷⁸ MENDES, G. M., **Tribunal Constitucional Alemão...** p. 36.

¹⁷⁹ TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241.

muitas iniciativas do legislador são determinadas por decisões proferidas pelo Bundesverfassungsgericht, como se pode constatar nas próprias exposições de motivos de alguns projetos de lei. Nas discussões parlamentares evidencia-se, não raras vezes, a preocupação de realizar as pretendidas reformas legislativas em consonância com a efetiva ou suposta orientação do tribunal, como demonstram as tentativas de identificar, antecipadamente a eventual decisão do Tribunal, através de solicitação de pareceres de especialistas e a realização de audiências públicas.¹⁸⁰

Todavia, apesar dessa notável e exemplar integração entre os Poderes Legislativo e Judiciário, e entre esses e a sociedade, a decisão de apelo ao legislador não fica imune às críticas. De acordo argumentos da doutrina alemã, trazidos por GILMAR FERREIRA MENDES, a “Corte Constitucional não dispõe de competência para estabelecer prognósticos, sendo limitada a sua capacidade de fazer previsões. Não pode ela estabelecer, portanto, com segurança, o exato momento da conversão de uma situação ainda inconstitucional em um estado de inconstitucionalidade.”¹⁸¹

No Brasil, a sentença de apelo ao legislador não possui previsão legal, porém, a doutrina indica que diante de algumas situações o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a lei acusada de inconstitucionalidade estava, na realidade, em um processo de transição para esse estado.

Afirma-se que STF, inspirado na doutrina e jurisprudência alemã, entendeu que a lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública deveria ser considerada válida até que esses órgãos estivessem devidamente habilitados e estruturados para atuar em condições de igualdade perante o Judiciário. Deste modo, ficou ressalvado que o STF poderia vir a declarar dita lei inconstitucional quando as circunstâncias que levaram a declaração de sua constitucionalidade fossem alteradas. Como exemplos dessa ocorrência do STF, pode-se verificar o H.C. 70. 514, DJ 27.06.97, Relator, Sydiney Sanches, o R.E. 135.328, (DJ 20.04.01) Relator Ministro Marco Aurélio e o R.E. 147.776, (DJ 19.06.98), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence e cujo trecho da ementa transcreve-se abaixo:

art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se

¹⁸⁰ MENDES, **Tribunal Constitucional Alemão...** p. 33.

¹⁸¹ MENDES, **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil...** p.59.

cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.

No entanto, não se pode deixar de destacar a posição de FISCHER quanto à técnica de declaração empregada nesses casos. Para o autor as decisões não retratam o *Apelo ao Legislador em Face de Lei ainda Constitucional*, pois já à época da decisão eram flagrantemente inconstitucionais. Nesse caso, o STF teria apenas preferido preservar, ao menos por enquanto, a lei no ordenamento jurídico a fim de evitar maiores prejuízos.¹⁸² Seria então, mais adequado, utilizar-se a declaração de inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade*, pois essa reconheceria a inconstitucionalidade sem que isso implicasse na imposição da sanção da nulidade.

Porém, o autor destaca que a declaração de lei ainda constitucional é perfeitamente possível no Direito pátrio, dando como exemplo o art. 148, inc. I da CF — empréstimo compulsório para atender despesas decorrentes de calamidade pública.¹⁸³ Nessa hipótese a lei só é constitucional enquanto durar o estado de calamidade, podendo ser declarada inconstitucional assim que a situação retornar a normalidade.¹⁸⁴

Ressalta que, mesmo que a decisão que proclamasse a lei como ainda constitucional, seria essa uma decisão declaratória de constitucionalidade, e, portanto, com efeito vinculante. Assim, a lei deveria continuar a ser aplicada, mesmo que a previsão da inconstitucionalidade se realizasse, até que o STF viesse a declarar a sua inconstitucionalidade.

O problema da utilização desta técnica no Brasil, como bem destaca, FISCHER “...é que não se tem, aqui, como estabelecer um prazo para que o legislador regularize a situação, tornando-se, talvez, uma técnica não muito

¹⁸² FISCHER, op. cit., p. 110.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Destaca o autor que “...uma tal orientação poderia, ser completamente repugnada pela sociedade, podendo, inclusive, levar a uma situação de desobediência civil. Afinal, em situações de extrema gravidade, não se deve olhar sempre para a benevolência da sociedade em aceitar erros do poder público, mas antes, deve-se exigir deste uma maior racionalidade para não comete-los em momentos de maior sensibilidade social ou econômica.” (*Ibid.*, p. 200).

apropriada para ser importada...” Ou seja, ter-se-ia aqui, o mesmo problema verificado na declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*, o qual na prática muito se aproximaria da declaração de inconstitucionalidade por omissão.¹⁸⁵

Mas há quem acredite que a sentença de apelo pode ser aplicada no Brasil, é o caso de OSWALDO LUIZ PALU, para quem “...essa última técnica parece ser possível em nosso país mesmo sem alteração constitucional.”¹⁸⁶

Por fim, sem fazer um juízo acerca da adoção da sentença de apelo, ANDRÉ RAMOS TAVARES apenas frisa que, sem dúvida, “...essa técnica é o coroamento da orientação doutrinária de que a Constituição não é um documento estático, imutável, antes sofrendo os influxos da evolução normal da vida, que levam a denominada mutação constitucional informal.”¹⁸⁷

3.1.2 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE

Também a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é um meio para diferir a eficácia da lei no tempo. O seu estudo parece ser de extrema importância para a compreensão das novas possibilidades de flexibilização da nulidade absoluta da lei inconstitucional no Brasil. Ademais, é fundamental que diante do novo rol de técnicas de decisão adotadas na jurisdição constitucional, possa-se definir com precisão em que consiste a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, uma vez que essa não é espelho da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* e tampouco, sinônimo da lei ainda constitucional.

GILMAR FERREIRA MENDES ensina que há, pelo menos, três conseqüências da declaração de inconstitucionalidade: a imposição do dever de legislar, a suspensão da aplicação da lei inconstitucional e a eventual aplicação da lei inconstitucional.¹⁸⁸ Esta última conseqüência, a aplicação da lei inconstitucional,

¹⁸⁵ *Ibidi.*, p. 109.

¹⁸⁶ PALU, op. cit., p. 191.

¹⁸⁷ TAVARES, op. cit., p. 241.

¹⁸⁸ MENDES, G. F. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade Como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão:

dá-se quando a declaração de inconstitucionalidade é sem pronúncia de nulidade, ou seja, quando a imposição de sanção (anulabilidade ou nulidade) para a lei inconstitucional (por ausência de fundamento de validade) provocaria efeitos mais nefastos do que permanência dos efeitos produzidos pela norma.

A declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou sem pronúncia de nulidade não é uma novidade no direito brasileiro. A Constituição de 1946 estabeleceu nos arts. 7, inc. VII e 13 que, nos processos de intervenção federal, isto é, quando houvesse ofensa de algum dos princípios sensíveis por um Estado-membro, deveria o Tribunal limitar-se a fazer tal constatação, sem declarar a nulidade dos atos impugnados. O mesmo foi previsto na Constituição de 1967/69 nos arts. 10, inc. VII e art. 11 § 2º. Enfim, na Constituição de 1988 a previsão encontra-se nos art. 34, VII e 36 § 3º., que instituíram a representação interventiva tanto para a garantia dos princípios sensíveis quanto para a execução de lei federal.¹⁸⁹ Além disso, como destaca GILMAR FERREIRA MENDES, “...a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma *declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem pronúncia de nulidade)*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*.”¹⁹⁰

Como alerta CANOTILHO, muitas vezes a imposição de sanção nulidade ou anulabilidade não é adequada para certas situações que “...embora imperfeitas sob o ponto de vista constitucional — situações constitucionais imperfeitas — exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta.”¹⁹¹ Tendo em vista essa problemática, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram sentenças binárias que fogem do modelo tradicional constitucionalidade/inconstitucionalidade, de modo que a “...declaração de incompatibilidade tem evoluído no sentido de ser um bloqueio da aplicação de lei

Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade. In: MARTINS, I. G. **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 444.

¹⁸⁹ MENDES, **Jurisdição Constitucional**...p. 370

¹⁹⁰ MENDES, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade Como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade... p. 420.

¹⁹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 946.

inconstitucional. Isto significaria que a declaração de inconstitucionalidade fundamenta a não aplicação da lei até a emanção de um novo acto legislativo.”¹⁹²

Para CANOTILHO essa possibilidade é discutível, mas poderia ser aproveitada nos seguintes casos: a) violação ao princípio da igualdade, b) em situações em que a nulidade gere um vácuo legislativo, c) inexistência de regra ou disciplina jurídica transitória e d) em casos de omissão legislativa inconstitucional. No entanto, o autor não deixa de ressaltar que:

Não são claros os efeitos jurídicos de uma tal declaração de inconstitucionalidade ou de simples fixação de inconstitucionalidade. Por um lado a norma continua a vigorar, por outro a declaração de incompatibilidade pretende construir uma ‘barreira’ ou ‘proibição’ de aplicação dirigida aos tribunais e entidades administrativas. Relativamente ao legislador a ‘sobrevivência da norma’, significa apenas que ele deveria criar uma disciplina jurídica constitucional num prazo adequado (‘dever de aperfeiçoamento da lei’).¹⁹³

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO explica que declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é uma técnica de decisão originária do direito tedesco¹⁹⁴, pela qual o Tribunal reconhece a incompatibilidade do ato legislativo em face da Constituição e “...permite que em dadas circunstâncias a continuidade da operancia dos seus efeitos ou, ao menos, mantém hígidos aqueles até então produzidos, isso a fim de evitar agressão ainda maior às normas e princípios supraleais.”¹⁹⁵

De acordo com o autor, no início da década de 70 ficou estabelecida a distinção entre incompatibilidade e inconstitucionalidade com nulidade. Na primeira modalidade de incongruência constitucional, por não se traduzir nulidade estrita e ser independente da produção de quaisquer efeitos jurídicos, a eficácia da decisão que a reconhece opera-se *ex nunc*, ou em direção prospectiva, sem repercussão, portanto, na validade das situações jurídicas anteriormente constituídas. Dessa forma, possibilita-se, inclusive, a deliberação política do legislador para fins de re-disciplinar a matéria. Por isso, entende-se que “...em muitos desses casos – bem por isso – a decisão da Corte Guardiã da Constituição, revela-se, assim, **exortatória** da atuação do Poder Legislativo, afim de que esse colegiado político por excelência

¹⁹² Ibid., p. 947.

¹⁹³ Ibid., p. 948.

¹⁹⁴ A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade foi prevista no parágrafo 31, (2) 2º. período da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal da Alemanha (CAMPOS, op. cit., p. 72).

¹⁹⁵ Ibid., p. 70.

exerça a função, que lhe é própria, de conformação do direito objetivo”. Já ocorrendo a declaração de inconstitucionalidade com acréscimo da pronúncia de nulidade, a decisão judicial que a consubstância retroage à data de promulgação da lei, “...o que vale dizer, ao início de sua vigência, de tal sorte a contrariedade constitucional arrasta consigo a generalidade dos atos e negócios jurídicos públicos ou privados que se hajam aperfeiçoado à base da lei inconstitucional com a Constituição.”¹⁹⁶

Apesar da origem alemã, a declaração de inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade* ainda suscita grandes polêmicas entre os doutrinadores germânicos. De acordo com DANIEL SARMENTO, utiliza-se essa técnica, em especial, no caso de normas que atribuem benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia, de omissões inconstitucionais parciais e naqueles onde a supressão da inconstitucionalidade geraria uma situação de caos normativo. “Ademais, em casos extremos, a jurisprudência alemã admite até a aplicação da norma inconstitucional, após o reconhecimento jurisdicional de seu vício, até que nova regra seja editada pelo legislador.”¹⁹⁷

É nesse sentido que CELSO BASTOS pondera se deve procurar “...evitar de todas as maneiras a decretação da nulidade da norma tendo em vista os inconvenientes que ela traz, pois a interrupção brusca da vigência de uma lei, sem ter transcorrido tempo suficiente para colocar outra em seu lugar, gera um vazio normativo.”¹⁹⁸

No direito pátrio a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é utilizada nos processos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Tratando-se de omissão legislativa total, isso ocorre pelo simples fato de que não há norma alguma a ser suprimida do ordenamento, mas sim uma lacuna normativa contrária à Constituição. Nessa hipótese, declara-se a inconstitucionalidade, mas não se impõe a nulidade porque não existe norma para sofrer a sanção. Já nos casos de omissão parcial a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade mostra-se de grande utilidade,

¹⁹⁶ Ibid., p. 71.

¹⁹⁷ SARMENTO, op. cit., p. 109-110.

¹⁹⁸ BASTOS, C. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, apud FERRARI, op.cit., p. 331.

porque, não raro, a supressão da norma imperfeita agravaria a situação de inconstitucionalidade, ao invés, de resolvê-la.¹⁹⁹

Assim, na hipótese de ser apreciada a constitucionalidade de lei instituidora do salário mínimo, constatar-se-á que a existência de uma inconstitucionalidade por omissão parcial, uma vez que, embora exista a lei regulamentando o art. 7, inc. IV da Constituição, essa não atende por completo as exigências constitucionais. Em casos como esses, seria, certamente, a declaração de inconstitucionalidade **com a pronúncia de nulidade** muito mais grave que a manutenção da lei inválida.

Analisando a situação da lei instituidora do salário mínimo, REGINA FERRARI, observa que

a declaração de nulidade não seria adequada para o caso, uma cassação da lei só aprofundaria o estado de inconstitucionalidade. Portanto, foi para que a declaração de inconstitucionalidade não produza o vácuo jurídico, um vazio normativo, que os diplomas normativos analisados, prevêem, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, inclusive, a admitir a eficácia de sua decisão voltada para o futuro, ou seja, aplicação da norma inconstitucional após o reconhecimento jurisdicional do seu vínculo, ou seja, até que a nova regra seja editada pelo legislador.²⁰⁰

Assim, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade seria adequada para os casos em que não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob pena de suprimir uma vantagem ou avanço considerável. No entanto, a preservação do dispositivo poderá resultar no agravamento do quadro da desigualdade verificada.

É o que alertou o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto na ADI 526 que analisava a constitucionalidade de concessão de aumento de vencimentos apenas para um setor do funcionalismo público, contrariando o art. 37, inc, X da Constituição Federal. Nessa oportunidade asseverou o Ministro que a declaração da inconstitucionalidade da lei por uma omissão parcial do legislador — qual seja a não extensão isonômica do benefício a todos os servidores públicos federais — não solucionaria o impasse, mas, pelo contrário, o agravaria, pois, para efetivar a isonomia positiva seriam retirados os benefícios da parcela do funcionalismo que o recebeu de forma legítima.

¹⁹⁹ FISCHER, op. cit., p. 117.

²⁰⁰ FERRARI, op. cit., p. 330.

Entendeu o Ministro que, de acordo com as prerrogativas do art. 27 — que permitem, mediante a decisão de maioria qualificada, estabelecer limites para a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* — que está o STF autorizado a declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade nos casos em que a declaração de nulidade seja inadequada ou que resulte em lacuna que possa ensejar situação mais onerosa do que existente.²⁰¹

A posição do STF também é acolhida pela doutrina, que entende que no caso da concessão de benefícios, a efetivação da isonomia não pode ser motivo para a retirada do benefício outorgado apenas para uma parcela dos sujeitos donos do direito subjetivo de recebê-lo. De acordo com REGINA FERRARI, “...a alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva da norma concessiva do benefício, ou sob outro prisma, o da omissão parcial, consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fatos subjacente à outorga.”²⁰²

Nessas circunstâncias, entende OSWALDO LUIZ PALU, que “...será o caso de declarar a lei que outorgou vantagens ilícitas inconstitucional sem pronúncia de nulidade, ou seja, seus efeitos são mantidos tendo algum alcance prospectivo.” Para o autor, a possibilidade surgiu com a Lei nº. 9.868/99, a partir da qual se passou a admitir que o STF adote um termo futuro para a validade da decisão de inconstitucionalidade, sendo a data máxima, viável, o trânsito em julgado da decisão.²⁰³

Nesse caso, em virtude de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, a norma inconstitucional continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A hipótese, porém, como ensina GILMAR FERREIRA MENDES, somente se concretizará se precedida de um juízo rigoroso da proporcionalidade que recomende que o Tribunal declarar de inconstitucionalidade sem nulidade, “...congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do

²⁰¹ A inconstitucionalidade por omissão é tema de muitas controvérsias e intenso debate na melhor doutrina, porém, como não é o tema central desta dissertação, remete-se o leitor à vasta literatura a respeito. PIOVESAN, F. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. CANOTILHO, J. J. G., **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Reimpressão Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 325-354, MENDES, **Jurisdição Constitucional**... p. 285-303 e CLÈVE, op. cit., p. 209-260.

²⁰² FERRARI, op. cit., p. 329.

²⁰³ PALU, op. cit., p. 191.

legislador sobre a superação da situação inconstitucional”.²⁰⁴ Acrescenta ainda que “considerando que o legislador não fixou limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição.”²⁰⁵

A permanência no ordenamento jurídico da lei que teve sua inconstitucionalidade reconhecida sem, no entanto, ser penalizada com a nulidade, é severamente criticada pela doutrina. Para OSWALDO LUIZ PALU, somente a Constituição poderia atribuir a um Tribunal poderes para impor a observância de norma declarada inconstitucional, o “...legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada — somente a Constituição poderia fazê-lo.”²⁰⁶ Para o autor, a ausência de lei que fixe uma data futura para que a decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade passe a ter eficácia não pode ser confundida com a lei ainda constitucional, assim, entende que

trata-se de atribuir ao Supremo Tribunal Federal o poder de fixar prazo posterior ao do trânsito em julgado (efeito prospectivo futuro), para que a sanção de nulidade passe a existir, deixando impô-la de imediato, preservando a eficácia da norma questionada. Se a interpretação que se der for a de que a lei declarada inconstitucional continuará a ser aplicada, durante certo tempo, entendo carecer de suporte de constitucionalidade. Em outras palavras, não vejo como possa uma lei atribuir poderes ao STF para, reconhecendo uma lei inconstitucional, mantê-la aplicável a casos futuros²⁰⁷

Por sua vez, FISCHER, constata que, “...de fato, tem-se uma estranha situação, na qual uma lei, mesmo sendo incompatível como o ordenamento, pode continuar em vigor, até que o legislador venha modificá-la ou a introduzir uma nova e validade legislação.”²⁰⁸ Acrescenta ainda esse autor que o problema seria a ausência de um prazo para a cessação da vigência da lei inconstitucional. De acordo com FISCHER, “...é possível que uma tal modalidade de decisão sequer seja necessária no direito brasileiro...”, uma vez que através do art. 27, poderia o STF proferir uma decisão muito mais eficaz, pois tanto a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*, como a com efeitos *ex nunc* devem estabelecer um prazo para a cessação da vigência da lei inconstitucional. A

²⁰⁴ MENDES, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade Como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade...., p. 445.

²⁰⁵ *Ibidi.*, p. 444.

²⁰⁶ PALU, *op.cit.*, p.187.

²⁰⁷ *Ibidi.*, p. 164.

²⁰⁸ FISCHER, *op. cit.*, p. 111.

desvantagem, nesse caso, seria o surgimento de um vazio legislativo, o que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade busca evitar. Portanto, conclui FISCHER que não há nenhuma vantagem na adoção dessa técnica, uma vez que se tem disponível no ordenamento pátrio o art. 27, com requisitos aptos a frear a manipulação deliberada dos efeitos da sentença.²⁰⁹

Nesse sentido, REGINA FERRARI, ressalta que embora a inconstitucionalidade da lei, muitas vezes não se declara a sua nulidade com o intuito de evitar a represtinação da lei anterior, ou até mesmo para evitar o surgimento de um vácuo jurídico. Em muitas circunstâncias acaba redundando em declaração de constitucionalidade (lei em trânsito para a inconstitucionalidade), e não em declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.²¹⁰

Note-se, porém, que como adverte DANIEL SARMENTO, a lei ainda constitucional, ou seja, em trânsito para a inconstitucionalidade, “se diferencia da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, porque, no primeiro, ao contrário do que ocorre na segunda, se reconhece, pelo menos provisoriamente, a validade constitucional da norma impugnada.”²¹¹

Por isso, OSWALDO LUIZ PALU explica que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade não se confunde com as “sentenças de apelo” das Cortes Constitucionais alemãs e italianas, pois nessas “...a nulidade faz com que cessem os efeitos e a aplicabilidade da lei para que o legislador possa sanar a inconstitucionalidade da norma até o termo final determinado pela Corte. Caso o legislador não se pronuncie, os efeitos da norma inconstitucional voltam a ser produzidos.” Assim, enfatiza que “Nas ‘decisões de apelo’, a ‘situação inconstitucional imperfeita’ é reconhecida pela Corte que, entretanto, tem a norma por ‘ainda constitucional’, podendo vir a ser, em data futura, ilegítima constitucionalmente.”²¹²

Como ensina ANDRÉ RAMOS TAVARES, no Brasil, a distinção entre a técnica declaração da lei em trânsito para a inconstitucionalidade e a técnica de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade apresenta relevância teórica e prática, na medida em que o sistema pátrio adota a ação direta de

²⁰⁹ *Ibidi.*, p. 112.

²¹⁰ FERRARI, op. cit., p. 328.

²¹¹ SARMENTO, op. cit., p. 110-111.

²¹² PALU, op. cit., p.191.

inconstitucionalidade por omissão, “...neste, como se sabe, a Corte limita-se a declarar que o Legislativo encontra-se em mora, numa espécie de ‘apelo’ para que legisle e assim, afaste a situação da inconstitucionalidade em que se encontra, já que não é possível declarar a nulidade do vazio normativo.”²¹³ Complementa GILMAR FERREIRA MENDES que

enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (unvereinbarkeitserklärung), contém uma declaração de inconstitucionalidade, o apelo ao legislador configura peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade. Vê-se pois que o apelo ao legislador tem conteúdo preventivo, operando no ‘campo preliminar da patologia constitucional’. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ao revés, tem caráter mandamental, obrigando o legislador a suprimir, com possível presteza, o estado de inconstitucionalidade.²¹⁴

Tendo em vista os comentários da doutrina quanto à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pode-se concluir que essa se trata de uma técnica de decisão destinada à preservação de determinadas situações jurídicas, nas quais a ausência da lei inválida pode desencadear consequências mais gravosas do que a sua manutenção provisória no ordenamento jurídico.

Desta forma, percebe-se que declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade desloca os efeitos da declaração de invalidade da lei por ausência de fundamento constitucional para um momento posterior, razão pela qual muito se assemelha à declaração de inconstitucionalidade com os efeitos *pro futuro* prevista no artigo 27 da Lei n.º. 9.868/99 e à declaração de lei ainda constitucional.

Por isso, é fundamental fixar que essas três situações diferem-se na teoria e na prática. Enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade reconhece o vício do ato, mas não o sanciona, a lei ainda constitucional não é tida como inválida, nesse caso o que existe é apenas um alerta feito pelo Tribunal de que em algum momento no futuro a sua orientação poderá ser modificada caso o legislador não ajuste a situação. Tal possibilidade não encontra previsão expressa no direito positivo pátrio, apesar já ter sido aplicada pelo STF e reconhecida pela doutrina.

Já em relação à declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* e a sem a pronúncia de nulidade a distinção é bem mais tênue. Ambas possuem seus efeitos estendidos para o futuro, mesmo com o reconhecimento da inconstitucionalidade, a

²¹³ TAVARES, op. cit., p. 234.

²¹⁴ MENDES, G. F., Tribunal Constitucional Alemão... p. 36.

diferença, portanto, está em que na declaração *pro futuro* a norma foi sancionada com a anulabilidade, enquanto na declaração sem pronúncia de nulidade, como o próprio nome já indica, não ocorreu o devido sancionamento. As duas hipóteses podem ser retiradas do art. 27 da Lei n°. 9.868/99, uma vez que sua redação atribui ao STF a faculdade de *restringa os efeitos daquela declaração*, e ainda, decidir *que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*.

3.2 O EFEITO REPRESTINATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Primeiramente, deve-se destacar que os efeitos represtinatórios da declaração de inconstitucionalidade, não podem ser confundidos com a represtinação do art. 2º §, 3º da Lei de Introdução ao Código Civil. Nessa a revogação de uma lei não acarreta a ressurreição da lei que por ela foi revogada, salvo disposição legal em contrário. Trata-se de uma regra geral do direito brasileiro, que veda a ocorrência da represtinação, a não ser quando verificada autorização expressa do legislador.²¹⁵

Já na represtinação decorrente de declaração de inconstitucionalidade, a diferença está em que a retirada da norma do ordenamento, abrindo caminho para represtinação, é consequência de uma decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade da norma, isto é, a ausência de validade.

Assim, FISCHER sintetiza a explicação dizendo que a represtinação em virtude da inconstitucionalidade é diferente da “...do Código Civil porque nesta a norma é revogada em virtude de decisão judicial, naquela, a revogação decorre de outra norma.”²¹⁶

Porém, é evidente a semelhança entre as duas modalidades de represtinação, uma vez que ambas reconhecem uma relação de incompatibilidade dentro do ordenamento jurídico.²¹⁷ A regra geral verifica a incongruência entre a

²¹⁵ SARMENTO, op. cit., p. 129.

²¹⁶ FISCHER, op. cit., p. 207.

²¹⁷ *Ibidi.*, p. 207.

norma revogada e a norma revogadora, a qual é solucionada pelas regras da própria LICC. No controle de constitucionalidade a incompatibilidade está entre a norma e a Constituição, sendo a declaração de inconstitucionalidade o meio apto para a solução do conflito normativo.

Percebe-se, assim, que a inconstitucionalidade não constitui um novo elemento no ordenamento jurídico que provoca a incompatibilidade, mas é a constatação de que determinada lei nunca operou efeitos em virtude da carência de validade. Nesse sentido LUÍS ROBERTO BARROSO, explica que “...a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem.”²¹⁸

Por isso OSWALDO LUIZ PALU²¹⁹, entende que quando o STF declara uma norma inconstitucional, não ocorre a sua revogação, o que pode ser feito apenas por ato do Poder Legislativo. Nesse sentido, o autor destaca que discorda de KELSEN, porque para o mestre austríaco a eficácia, mesmo que mínima, é condição de vigência da norma, e, portanto, declarada inconstitucional a norma perderia seus efeitos e assim não teria mais eficácia, o que, por conseguinte acarretaria na extinção de sua vigência, ou seja, em sua revogação.

A preestinação decorre na declaração de inconstitucionalidade, porque, de modo diverso do que se passa na revogação, ao declarar a nulidade, retira-se todos os efeitos da norma, inclusive o efeito de revogar a norma anterior, assim a norma continua a vigor. No raciocínio de KELSEN a ausência de eficácia retira a vigência e revoga a norma, o que não pode se aceitar, pois a supressão da validade (=vigência) é consequência da inconstitucionalidade e não da revogação.

É o que explica DANIEL SARMENTO, ao dizer que a declaração de inconstitucionalidade é

o automático reconhecimento da invalidade de todos os efeitos que norma produziu, inclusive a revogação tácita ou expressa, que eventualmente tenha operado em relação a outras normas anteriormente vigentes. Portanto, é como se a lei revogada nunca tivesse

²¹⁸ BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 92-93.

²¹⁹ PALU, op. cit., p. 182.

deixado de vigorar, já que sua retirada do mundo jurídico decorreu de ato desprovido de validade jurídica.²²⁰

Assim, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade ao reconhecer a nulidade da lei, reconhece que o ato inválido nunca produziu efeitos, e que, portanto, não gerou a revogação de nenhuma norma, o efeito reprecinatório decorre automaticamente da decisão, pois as normas reprecinadas nunca deixaram de vigorar. Ou seja, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade não precisa determinar se gerará ou não efeito reprecinatório, uma vez que esse é uma consequência necessária da inconstitucionalidade. Nesse sentido CLÈMERSON MERLIN CLÈVE explica que,

porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente anulável), a decisão judicial que assim o declara possui efeitos reprecinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (*rectius*, que declara) a inconstitucionalidade, atinge todos ‘os possíveis efeitos que uma lei inconstitucional é capaz de gerar’, inclusive a cláusula expressa ou implícita da revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, ‘permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade.’²²¹

Sob o mesmo prisma vê FISCHER, pois para ele “basta que haja a declaração de inconstitucionalidade para que retorne à ativa a lei indevidamente revogada. Isto é, a reprecinação é o efeito implícito da decisão de invalidade.”²²² Já para ALEXANDRE DE MORAES, a reprecinação decorre da inconstitucionalidade, no entanto, necessita de previsão legal. Para o autor “...os efeitos reprecinatórios decorrem automaticamente da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, **em face da previsão legal**, independentemente de previsão no acórdão.”²²³ (sem o destaque no original).

Por essas razões, FISCHER, ao analisar a reprecinação conclui que “a diferença entre a revogação e a inconstitucionalidade está no plano da reprecinação, pois, a reprecinação não é uma decorrência necessária da revogação, já a decisão judicial provoca entre outros efeitos a reprecinação.”²²⁴

Além disso, destaca que a revogação produz apenas efeitos futuros, já que até o momento da revogação a norma era válida, enquanto na inconstitucionalidade,

²²⁰ SARMENTO, op. cit., p. 129.

²²¹ CLÈVE, op. cit., p. 249.

²²² FISCHER, op. cit., p. 209.

²²³ MORAES, op. cit., p. 272.

²²⁴ FISCHER, op. cit., p. 208.

como de regra, os efeitos são *ex tunc*, produz-se efeitos retroativos.²²⁵ E acrescenta que:

mesmo havendo efeitos 'ex nunc' na decisão de inconstitucionalidade, a represtinação da lei revogada é inquestionável. Apenas que tal fenômeno opera-se somente a partir do momento em que se iniciam os efeitos da decisão. Assim, se há declaração de invalidade de uma norma, com efeitos a partir da publicação, a lei revogada volta a incidir somente a partir deste termo, não se aplicando para situações a ele anteriores, pois que continuarão a ser reguladas pela norma considerada nula.²²⁶

O STF já vinha reconhecendo o fenômeno ao considerar que sendo nula a lei inconstitucional "...permanece vigente a legislação anterior acaso existente."²²⁷ A Lei nº. 9.868/99 nada dispôs sobre a represtinação como efeito da decisão de mérito. No entanto, ao tratar de liminar estabeleceu no par. 2 do art. 11 que "...a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em contrário". Para DANIEL SARMENTO, a legislação admitiu a represtinação como efeito de decisão em sede de controle abstrato.²²⁸ Evita-se, assim, mediante comando expresso do STF, que a invalidade da norma sancionada com a nulidade, produza um vácuo legislativo.

Sobre a previsão de efeitos represtinatórios, LUÍS ROBERTO BARROSO, ressalta que poderá o Supremo Tribunal Federal "...dispor em sentido contrário, em juízo de conveniência e oportunidade, ou até mesmo por entender que a norma a ser restaurada também padece de inconstitucionalidade."²²⁹

Perante essa afirmação, questiona-se se, no caso da lei anterior ser inconstitucional é necessário requerer também a declaração da sua inconstitucionalidade para evitar a represtinação.²³⁰

Em data anterior à edição Lei nº. 9.868/99, CLÈVE destacou que a entrada em vigor da norma revogada nem sempre é vantajosa, pois "o efeito represtinatório produzido pela decisão do Supremo, em via de ação direta, pode dar origem ao

²²⁵ Ibid., p. 209.

²²⁶ Ibid., p. 210-211.

²²⁷ SARMENTO, op. cit., p. 130.

²²⁸ Id.

²²⁹ BARROSO, **O Controle de Constitucionalidade...** p. 188-189.

²³⁰ Além disso destaca-se que o controle por via de ação só seria possível se a norma represtinada fosse posterior a Constituição, pois caso contrário, a norma deveria ser analisada através de arguição de descumprimento de preceito fundamental (SARMENTO, op. cit., p. 130-131).

problema da legitimidade da norma revivida. De fato, a norma reentrante pode perecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado”.²³¹

Na época, ausente a faculdade do art. 11 § 1º, sugeriu o autor que os legitimados ativos fizessem um estudo, no momento da propositura da ação direta, das eventuais conseqüências que reprecinação produzirá, assim, verificada a reprecinação da norma indesejada, dever-se-ia requerer, já na inicial, a declaração da inconstitucionalidade do ato que seria reprecinado.

No entanto, diante a faculdade de determinar ou não os efeitos reprecinatórios, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que “não deverá subsistir a jurisprudência da Corte que se firmara, pela qual se exigia pedido cumulado da declaração de inconstitucionalidade da norma revogadora e da norma revogada”.²³²

O mesmo raciocínio é compartilhado por DANIEL SARMENTO, para quem “...a vinculação ao pedido não deve chegar ao ponto de levar o guardião da Constituição a perpetrar uma inconstitucionalidade (...) é preciso nesse particular uma visão instrumentalista do processo constitucional, em prol da tutela da supremacia da Lei Maior.”²³³

Acrescenta o autor que o STF não precisa declarar a inconstitucionalidade da lei revogada, basta que declare expressamente em sua decisão que a reprecinação deverá ocorrer no caso. “Não se trata, portanto, de exercer fiscalização abstrata daquele ato normativo anterior, mas sim de analisar a sua validade, para os fins específicos de modulação dos efeitos da decisão no controle da norma posterior”.²³⁴

Por outro lado, LÊNIO STRECK entende que reprecinação prevista no § 1º do art. 11 é uma exceção, ou seja, aplica-se apenas quando o Tribunal proceder nos termos do §1º, isto é, quando conceder liminar com efeitos *ex tunc*. Quanto à hipótese da lei reprecinada também ser inconstitucional, o autor aconselha que “...no ajuizamento de ADI, buscando a nulidade da lei revogadora, já se faça menção — sempre aludindo à inexorabilidade da conseqüência advinda da aplicação do § 1º do art. 11 — à igual inconstitucionalidade da lei revogada.”²³⁵

²³¹ CLÈVE, op. cit., p. 250.

²³² ADI – MC 22.15, Min. Celso Mello, apud, BARROSO, op. cit., p. 189.

²³³ SARMENTO, op. cit., p.131.

²³⁴ *Idi.*

²³⁵ STRECK, op. cit., p. 545.

Portanto, para a compreensão dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade deve-se distinguir a represtinação da Lei de Introdução do Código Civil da represtinação inerente à inconstitucionalidade. A Lei nº. 9.868/99 apenas expressou um raciocínio que decorre naturalmente do conceito de inconstitucionalidade, qual seja: lei inconstitucional é lei inválida que não produz efeitos, assim, também não foi capaz de revogar a lei anterior.

É interessante observar que se outorgou ao STF a faculdade de restringir esse efeito intrínseco da inconstitucionalidade, o que é coerente com a nova possibilidade de flexibilizar a nulidade da lei inconstitucional com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Havendo essas duas possibilidades, a lei inconstitucional sobreviverá até a sua declaração ou momento posterior fixado pelo Tribunal, de modo que a represtinação deverá ser manipulada para que a lei anterior retorne ao ordenamento somente após a declaração da inconstitucionalidade.

Ou seja, é possível que entre a lei represtinada e a lei declarada inconstitucional, exista um espaço no qual a lei reconhecidamente inválida continuará regendo às relações jurídicas constituídas sob sua égide. Assim, o efeito represtinatório quando admitido nas declarações de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* e *ex tunc*, irá dar um verdadeiro salto no tempo, contrariando a sua regra clássica que entende que a lei nunca deixou vigorar.

3.3 O EFEITO VINULANTE DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDAS EM ADI

A concessão de efeito vinculante para as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade das normas, foi proposta pelo Deputado Roberto Campos através da PEC nº. 130/1992.²³⁶ No entanto, tal efeito introduziu-se no ordenamento pátrio através da Emenda nº. 03 que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Em que pese o art. 102 § 2ª da Constituição estar, a princípio, a disciplinar a ADC, este também deverá alcançar ao inc. I, al. 'a', pois, entendia-se que a ADC e a

²³⁶ MENDES, G. F. O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Processo de Controle de Constitucionalidade das Normas. In: _____ **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 436

ADI são ações de caráter dúplice, de modo que os efeitos vinculantes da ADI não dependiam de previsão para serem aplicados.²³⁷ Assim, na época, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE proclamava que:

O 'efeito vinculante' enriqueceu, indiscutivelmente, o modelo brasileiro de fiscalização de constitucionalidade. Porém, o Constituinte reformador poderia ter ido mais longe. Conferindo tratamento normativo diferenciado para as ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, ele acabou por propiciar, incompreensivelmente, resultados distintos para as duas ações. Sim, porque se atribuindo 'efeito vinculante' apenas as decisões definitivas de mérito proferidas na ação declaratória de constitucionalidade tem-se o seguinte: lei declarada constitucional ou inconstitucional por decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade produz apenas efeitos *erga omnes*. Se, entretanto, a decisão for decorrente de ação declaratória de constitucionalidade produzirá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Foi absolutamente irracional a Emenda Constitucional neste ponto. O ideal seria, portanto, atribuir efeito vinculante, em relação aos órgãos e agentes públicos, a todas as decisões, designadamente as de mérito, proferidas pela Excelsa Corte em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.²³⁸

Atualmente, com a introdução do art. 24 da Lei nº. 9.868/99, consolidou-se a ambivalência da ADI e da ADC, o efeito vinculante deve ser aplicado também na ADI que declarar a constitucionalidade da lei, pois diferença alguma existirá entre essa declaração e aquela proferida em ADC julgada procedente.

Antes mesmo da Lei nº. 9.868/99, o Min. Sepúlveda Pertence já tinha se manifestado favorável à extensão dos efeitos vinculantes a ADI na Reclamação nº. 167, na qual afirmou que "...quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante deverá ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade."

Na seqüência, no julgamento da Questão de Ordem em Reclamação n.º 1880-SP de 7 de novembro de 2002, por maioria de votos — vencido o Ministro Moreira Alves — o STF declarou constitucional o § único do art. 28, porque a ADC é uma ADI de sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice e efeitos semelhantes²³⁹.

²³⁷ PALU, op. cit., p.186.

²³⁸ FISCHER, op. cit., p. 311.

²³⁹ "É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei n.º 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os

Com isso, conforme o pronunciamento do Supremo, as decisões definitivas nas ADIs têm efeito vinculante, impedindo a apreciação da alegação de inconstitucionalidade com base no fundamento jurídico rejeitado pelo STF.

Tendo em vista os precedentes legislativos e jurisprudenciais, observa GILMAR FERREIRA MENDES que atribuição de efeito vinculante por via legislativa é perfeitamente possível, uma vez que o efeito vinculante da decisão é característica intrínseca à natureza da jurisdição constitucional de Estados Democráticos, além de ser essencial para as decisões do STF, o qual tem a função de guardião da Constituição. Nesse sentido, explica que “em verdade o efeito vinculante decorre de particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.”²⁴⁰

Desse modo, estarão vinculados pelas decisões proferidas em ADI, ADC²⁴¹ e ADPF²⁴², todos os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário. Assim, perante uma declaração de inconstitucionalidade, seja ela *ex nunc* ou *ex tunc*, não poderá ser a norma inválida aplicada pelos demais órgãos do Judiciário e pelos entes da Administração, uma vez que isso seria o mesmo que o mesmo que legislar de novo.²⁴³

É interessante ressaltar que, para muitos a idéia de eficácia *erga omnes* traz consigo o efeito vinculante. Nesse sentido, o Ministro TEORI ZAVASKI entende que

efeito vinculante, que representa, em essência, a imposição obrigatória, constitui, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, decorrência natural do sistema de controle de constitucionalidade. É paradoxo imaginar-se, nesse domínio jurídico, uma sentença com eficácia *erga omnes* que não seja de observância obrigatória por todos e notadamente pelos órgãos jurisdicionais e autoridades administrativas encarregadas de aplicar a lei. Seria decisão sem autoridade alguma, e a própria ação direta não passaria de mera consulta ao Supremo, que atuaria em domínio meramente formal.²⁴⁴

níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (Rcl-AgR 1880/SP, Relator Min. Mauricio Corrêa, DJ 19-03-2004).

²⁴⁰ MARTINS; MENDES, op. cit., p.340-341.

²⁴¹ Art. 28 parágrafo único da Lei nº. 9.868/99.

²⁴² Art. 10 e §§ da Lei nº. 9.882/99.

²⁴³ FISCHER, op. cit., p.139.

²⁴⁴ ZAVASKI, op. cit., p. 53.

No entanto, REGINA FERRARI, ensina que a efeitos *erga omnes* decorrem da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que faz coisa julgada e, portanto, não pode mais ser revista, de modo que assim alcança o seu objetivo, qual seja proporcionar segurança jurídica.²⁴⁵ A essa idéia de efeito *erga omnes*, CLÈVE explica que se soma o efeito vinculante, o qual “...tem o objetivo de outorgar maior eficácia para as decisões proferidas pela Corte, assegurando força vinculante tanto a parte dispositiva quando aos fundamentos da decisão.” A insuficiência do efeito *erga omnes* é justificada pelo autor ao lembrar que

A declaração de nulidade de uma lei não obsta a sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma local. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (*erga omnes*) não lograriam evitar esses fatos. Todavia o efeito vinculante que deflui dos fundamentos determinantes (Tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.

No caso brasileiro, porque o Constituinte referiu-se à “decisão definitiva de mérito”, o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: a decisão) parte dispositiva, não alcançando os seus fundamentos determinantes.²⁴⁶

Ainda vale destacar que o efeito vinculante é diferente da *stare decisis* do sistema norte-americano, a qual é proferida em sede de controle concreto. Para a *stare decisis* é necessário que sejam compados os fatos do precedente com os da causa em análise, e, só no caso se serem equivalentes, aplica-se a mesma regra do precedente, o que proporciona uma notável evolução jurisprudencial. É o que ensina OSWALDO LUIZ PALU quando afirma que “...os precedentes não são aplicados de forma automática. Deve haver compatibilidade nos fatos dos casos.”²⁴⁷

Para uma compreensão adequada dos efeitos vinculantes, pode-se analisá-lo a partir de dois prismas: o dos **limites objetivos** e o dos **limites subjetivos**.

A definição dos **limites objetivos** do efeito vinculante busca precisar a parte da decisão que tem efeito vinculante, se adstrito à parte dispositiva da decisão ou se também se estende aos fundamentos determinantes. No direito brasileiro entende-se que o efeito vinculante abrange a parte dispositiva, mas também os fundamentos da sentença. No entanto, tal efeito não é igual à coisa julgada. O efeito vinculante

²⁴⁵ FERRARI, op. cit., p. 255.

²⁴⁶ CLÈVE, op. cit., p. 307.

²⁴⁷ PALU, op. cit., 261.

atinge os fundamentos da sentença e sua parte dispositiva, enquanto a coisa julgada restringe-se a tornar imutável um efeito da sentença.²⁴⁸

Nesse sentido, GILMAR FERREIRA MENDES explica que “...enquanto em relação à coisa julgada e à força da lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante se estende igualmente aos fundamentos da decisão”. O autor ressalva que esse entendimento é controverso na doutrina alemã, sendo que alguns entendem que o efeito vinculante limita-se apenas à parte dispositiva, de modo que não haveria diferença entre coisa julgada e o efeito vinculante.²⁴⁹

Já quanto aos **limites subjetivos**, admite-se que o efeito vinculante estende-se não apenas as partes do processo, mas também ao Executivo e o próprio Judiciário. A proposta original vinculava todos os Poderes, no entanto, o texto aprovado vincula apenas **os demais órgãos** do Judiciário e o Poder Executivo.²⁵⁰

Quanto à vinculação do Poder Executivo, ALEXANDRE DE MORAES entende que mesmo quando a norma é declara constitucional também vincula a atuação administrativa, assim “...as autoridades administrativas não poderão aplicar a norma declarada inconstitucional, ou no caos de improcedência da ação deixar de respeitar as normas declaradas constitucionais, e deverão pautar suas condutas pela interpretação dada pelo STF.”²⁵¹

²⁴⁸ “A coisa julgada não é efeito da sentença, ou um dos efeitos da sentença, e sim, uma qualidade, uma qualificação particular de tais efeitos, isto é, sua imutabilidade. Independente da coisa julgada a sentença tem eficácia ‘natural’, obrigatória e imperativa, que deriva simplesmente de sua natureza de ato de autoridade, de ato de Estado, mas que está destinada a desaparecer, quando se demonstra que a sentença é injusta: a coisa julgada reforça essa eficácia porque torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença. A eficácia natural da sentença atua com relação a todos; por outro lado, a coisa julgada só vale entre as partes.” (LIEBMAN, E. B., **Eficácia e Autoridade da Sentença**. trad.de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1945. p.170-171).

²⁴⁹ MENDES, **O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Processo de Controle de Constitucionalidade das Normas...**p. 443.

²⁵⁰ É dominante na doutrina alemã os não partícipes do processo estão submetidos ao efeito vinculante, de modo que devem (a) os órgãos constitucionais, na medida de suas responsabilidades e atribuições, desfazer o estado de ilegitimidade; (b) órgãos constitucionais de outros Estados em que vigore lei de teor idêntico, ficam obrigados a modificar ou revogar os referidos textos legislativos e (c) todos os órgãos não partícipes do processo ficam obrigados a observar a decisão, sendo-lhes vedado adotar conduta de teor semelhante àquele declarado inconstitucional. (MARTINS; MENDES, op. cit., p.341-342).

²⁵¹ MORAES, op. cit., p. 274.

Em relação ao Poder Legislativo, como se sabe, não há vinculação em às decisões do Poder Judiciário. Quando se trata de declarações de inconstitucionalidade estará aquele poder livre para alterar ou revogar a norma julgada válida pelo STF. Já quando estiver diante de uma norma declarada inconstitucional também não estará impedido de reeditá-la. No entanto, FISCHER assevera que:

o princípio da separação de poderes exige respeito mútuo e boa-fé na relação entre os mesmos. Não é admissível que, em um Estado Democrático de Direito, haja conduta do Poder Legislativo em não aceitar uma decisão do Poder Judiciário e, ainda por cima, repetir a mesma norma que foi considerada agressora da Constituição. Isso levaria ao caos o sistema. Afinal, se cada vez que uma norma for julgada inconstitucional, o órgão de qual ela emanou editar outra com igual defeito, não mais haverá segurança jurídica na relação sociedade-poder público.²⁵²

O autor alerta ainda que em decorrência de alterações do estado de fato é possível que o legislador edite norma com igual teor a da declarada inconstitucional, deverá, todavia, "...contar com boa dose de sensibilidade para averiguar se tais pressupostos encontra-se presentes".²⁵³

ALEXANDRE DE MORAES, no mesmo sentido, afirma que "...em relação ao legislador, os efeitos vinculantes atuam no sentido de impedir que editem novas normas com idêntico conteúdo ao daquela anteriormente declarada inconstitucional; ou, ainda, normas que convalidem os efeitos da norma declarada inconstitucional ou anulem os efeitos da decisão do STF".²⁵⁴

O efeito vinculante também se estende ao Poder Judiciário, mas não vincula o Supremo Tribunal Federal sob pena de se engessar o desenvolvimento da jurisdição constitucional. É o que se retira da fórmula adota pela Emenda nº 03 ao expressar que a vinculação é aplicável **aos demais órgãos do Poder Judiciário**. Em caso de desrespeito à autoridade do julgado por algum outro tribunal ou juiz, está autorizada a interposição de reclamação (art. 102, inc. I, al. "I" da Constituição) e caracteriza-se violação ao dever funcional (art. 133, inc. I).

GILMAR FERREIRA MENDES destaca que entendimento contrário acabaria por impedir o desenvolvimento da jurisdição constitucional, competência imanente

²⁵² FISCHER, op. cit., p. 144.

²⁵³ Ibidi, p. 145. Também defende efeitos vinculante para as Resoluções do Senado.

²⁵⁴ Em **Direito Constitucional**. 17ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 273, o autor lembra que posição é defendida por Hesse em relação do tribunal constitucional alemão.

da Corte. Assim, afirma que “...parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que faça com base em uma crítica fundada no entendimento anterior que explicita a justificativa da mudança.”²⁵⁵

Nesse sentido, GISELA MARIA BESTER, lembra do voto do Ministro Carlos Velloso na ADC 1-1/DF: “...diante da alteração de circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade [...]. É que, como foi dito: hoje a lei pode ser inconstitucional, amanhã não.”²⁵⁶

ALEXANDRE DE MORAES, por outro lado, afirmou que, de acordo com o pronunciado no Agravo de Instrumento n. 174.811-7²⁵⁷, o STF estaria “vinculado aos efeitos de sua decisão abstrata de constitucionalidade, pois, uma vez declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, não há a possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação de existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação constitucional.”²⁵⁸

Demonstrou, em momento posterior, que seu posicionamento foi alterado pela nova composição do STF, de modo que o efeito vinculante passou a não condicionar o próprio Tribunal, limitando-se aos demais órgãos do Judiciário e do Executivo. Novo entendimento do STF²⁵⁹ passou a ser o de que

a vinculação do Pretório Excelso aos seus julgados, em sede de controle concentrado, era o entendimento pacificado pelo Tribunal, por entender que, na análise concentrada da constitucionalidade das leis e atos normativos, não estaria o STF vinculado à causa de pedir, tendo pois cognição plena da matéria e, portanto, podendo examinar e esgotar todos os seus aspectos constitucionais.²⁶⁰

Para FISCHER, entretanto, o STF não poderia alterar o seu entendimento acerca da constitucionalidade de uma norma porque isso seria o mesmo que

²⁵⁵ MENDES, O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Processo de Controle de Constitucionalidade das Normas... p. 450

²⁵⁶ Apud BESTER, op. cit., p. 460.

²⁵⁷ Agravo de Instrumento n. 174.811-7/RS, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 02/04/96

²⁵⁸ Op. cit., p. 273.

²⁵⁹ ADI n. 2625/ PE, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 26/11/2003 e ADI 2777/SP, Rel. Ministro Cezar Peluzo, DJ 27/11/2003.

²⁶⁰ De acordo com ALEXANDRE DE MORAES o efeito vinculante incidirá quando a norma for declarada inconstitucional, constitucional, interpretada conforme à Constituição ou houver declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. p. 681 Direito Constitucional. Já na defesa de um posicionamento absolutamente contrário a esse, LÊNIO STRECK expõe interessantes argumentos em relação à impossibilidade de ser aplicado efeito vinculante a declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que utilizaram as técnicas da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. (Op. cit., p. 616-662).

legislar, reintroduzir norma no ordenamento. Já quando se trata de uma declaração de inconstitucionalidade poderá o Supremo, mediante a presença de novos fatos fundamentar a sua mudança de posicionamento, é o que ocorre com a inconstitucionalidade superveniente. O autor, ressalta que a mudança de posicionamento só pode se dar pela via abstrata, porque, do contrário a constitucionalidade poderá continuar a ser discutida, prejudicando a segurança jurídica e a eficácia do efeito vinculante.²⁶¹

Já JOSÉ AFONSO DA SILVA, em afirmação categórica, defende que tanto a decisão declaratória de constitucionalidade com a de inconstitucionalidade vinculam o STF. Para o referido autor, "...a questão é processual e se resolve com a teoria da coisa julgada material oponível a todos os órgãos Judiciários, inclusive ao que proferiu a decisão. Logo, o STF não poderá conhecer de processo em que se pretenda algo contrário à sua declaração, nem mesmo em ação rescisória, incabível na espécie." ²⁶²

Por outro lado, LÊNIO STRECK, ensina que declarada a constitucionalidade, só poderá ser suscitada, perante o Supremo, a inconstitucionalidade, em ADI ou ADC, quando houver significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração nas concepções jurídicas dominantes. Para o autor a decisão que declara a constitucionalidade não tem caráter absoluto, sendo que a Constituição é um texto mutável conforme a evolução histórico-social. Nesse sentido, acredita que "...a hermenêutica de matriz fenomenológica pode contribuir para a elucidação dessa problemática, uma vez que o processo de interpretação é sempre produtivo (Sinngebung), e não meramente reprodutivo (Auslegung). Uma lei pode ser constitucional em um dado momento histórico e inconstitucional em outro." ²⁶³

Conclui o autor lembrando que as decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade devem ter efeito vinculante, pois "afinal, a retirada da eficácia de uma lei não permite que essa mesma lei volte a ser aplicada ou até mesmo venha a ser reproduzida pelo legislador." No entanto, levanta uma exceção decisiva para a aplicação do efeito vinculante no Brasil: temporalidade. Conforme o autor,

²⁶¹ FISCHER, op. cit., p. 143.

²⁶² SILVA, J. A., op. cit., p.60-61.

²⁶³ STRECK, op. cit., p. 569.

“...levando em conta o pouco tempo que a Constituição está em vigor, esse problema não pode ainda ser colocado! Ou seja, não há como contestar que as declarações em sede de ação direta de inconstitucionalidade vinculem o sistema como um todo”.²⁶⁴

Outra crítica muito difundida na doutrina é a que o efeito vinculante limita o controle de constitucionalidade difuso, uma vez que como afirma OSWALDO LUIZ PALU “os órgãos inferiores do judiciário estarão vinculados a ideologia imposta pelo Supremo, sem ter espaço para expressar suas próprias convicções acerca da constitucionalidade da norma”.²⁶⁵

Assim, GISELA MARIA BESTER, ao analisar a extensão dos efeitos vinculantes à ADI, afirmou que dentre outros vícios de inconstitucionalidade do art. 28 § único, “também, podem ser suscitadas razões de fundo material para reforçar essa inconstitucionalidade, como o enfraquecimento que esse tipo de medida veio acarretar ao modelo de controle difuso, enquanto um direito fundamental.”²⁶⁶

A concessão de efeitos vinculantes às decisões de proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade se, por um lado garantem a segurança jurídica, e assim a certeza de qual direito será aplicado nas relações jurídicas futuras, tem por outro lado, o inconveniente de ser um obstáculo para a evolução do texto constitucional e da efetivação de uma verdadeira *living constitution*. Por isso, deve a doutrina e a jurisprudência, manterem-se alertas em relação à aplicação do efeito vinculante, para que uma ferramenta de segurança não venha a ser um empecilho para o desenvolvimento do direito constitucional. O avanço dado pela Lei n.º 9.868/99 ao mitigar o dogma da nulidade da lei inconstitucional não pode ser subtraído pela aplicação mecânica e incondicional do efeito vinculante.

3.4 OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES LIMINARES EM SEDE DE ADI

A Constituição de 1967 não contemplava a suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional em sede de decisão liminar. Somente com a Emenda n.º

²⁶⁴ Ibid., p. 765.

²⁶⁵ PALU, op. cit., p. 184

²⁶⁶ BESTER, op. cit., p. 534.

7 de 1977, que aditou o art. 119, inc. I da Emenda n. 1/69, é que foi introduzida a figura das medidas cautelares. Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se das faculdades do art. 22, IV e 120, 'c' de seu regimento interno então vigente, afirmou-se competente para suspender cautelarmente com eficácia prospectiva para as decisões proferidas em sede de liminar, mesmo sem permissão expressa nesse sentido, pois percebeu que tal efeito melhor se adaptava a realidade do sistema normativo, diferenciando-se suas conseqüências das decisões finais de mérito.²⁶⁷

De acordo com GILMAR FERREIRA MENDES, na vigência da Constituição de 67/69, cogitou-se em dar efeitos retroativos para as decisões proferidas em sede de liminar. No entanto, prevaleceu o entendimento de que os efeitos concedidos através desse instrumento processual eram *ex nunc*, como sustentado pelo Ministro Moreira Alves na Rp. 1.391 de 1988:

quando suspendemos liminarmente a vigência de uma lei, na realidade não estamos declarando sua inconstitucionalidade, mas estamos apenas evitando que ela, a partir da concessão da liminar, produza efeitos negativos para o Tesouro, tendo em vista o interesse público. Se não fosse assim com a concessão de liminar, teríamos que obrigar retroativamente, à devolução todos os que já tivessem recebido. Por isso, sempre me pareceu que a eficácia da liminar é sempre *ex nunc*, ou seja, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere.²⁶⁸

Desde esse voto do Ilustre Ministro, a regra seria de que toda a liminar surtiria apenas efeitos *ex nunc*. Porém, não tardou para que as exceções comesçassem a aparecer. Na ADI n°. 1.342, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 15.03.96, que analisava lei complementar do estado do Rio de Janeiro sobre enquadramento de servidores públicos, o mesmo Ministro que defendeu a eficácia *ex nunc* da decisão anteriormente citada, votou pela concessão de liminar com efeitos *ex tunc*.

GILMAR FERREIRA MENDES explica que o argumento do Ministro era de que a concessão de liminar só deve produzir efeitos *ex tunc* quando os efeitos da norma impugnada já tivessem se esgotado, mas, se houvesse repercussão indireta para o futuro, em decorrência da desconstituição dos fatos pretéritos, os efeitos deveriam ser *ex nunc*. Ou seja, em alguns casos não seria possível desconstituir o futuro, nessa hipótese a solução seria dotar a liminar de efeitos *ex tunc*, para que se

²⁶⁷ CAMPOS, op. cit., p. 89-90.

²⁶⁸ (RTJ 124/80) apud MENDES, **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil...**p. 34.

banindo os efeitos passados fosse possível tutelar o futuro. Quanto a esse posicionamento o referido autor tece a seguinte crítica:

a decisão demonstra que, ao contrário do que se poderia imaginar, a opção pelo efeito *ex nunc* da liminar em ação direta assentava-se fundamentalmente, em razões de política judicial. Evitava-se que, mediante simples decisão de caráter provisório pudesse o Tribunal legitimar a revisão de atos ou de procedimentos administrativos.²⁶⁹

Por sua vez, a Constituição de 1988 manteve-se silente quanto aos efeitos temporais das decisões de mérito e a das liminares. Foi somente com a introdução da Lei nº. 9.868/99 que se fixou a manipulação dos efeitos temporais, tanto das decisões de mérito, quanto das liminares. Chama a atenção, entretanto, que, quanto aos efeitos das decisões liminares, a lei tornou regra²⁷⁰ a orientação jurisprudencial que desde antes da Constituição já se impunha, determinando expressamente, no § 2º do art. 11 que “...a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.”

Portanto, a regra é que as medidas cautelares tenham eficácia *ex nunc* a partir de sua publicação em Diário Oficial, no entanto, poderá o STF excepcionar a medida dando-lhe efeitos *ex tunc*.²⁷¹

Após a definição legal dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em sede de liminar, questiona-se se a decisão liminar também seria dotada de efeito vinculante, o que implicaria na suspensão de todos os processos que tivesse por objeto a lei declarada liminarmente inconstitucional.

O art. 21 e seu parágrafo único disciplinam a medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Segundo a regra, por maioria absoluta o Tribunal poderá conceder liminar em ADC suspendendo, para todos os tribunais e juízes, o julgamento das causas que tenham dita lei como objeto de análise até que o julgamento final da ADC pelo STF, o que é admitido por LÊNIO STRECK “com seriíssimas relevâncias hermenêuticas”, uma vez que essa prerrogativa não consta no texto constitucional. Ainda, questiona o autor que uma vez “...se admitido o fato que consoante o art. 21 da Lei nº. 9868/99, em sede de ação declaratória de

²⁶⁹ MENDES, **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**...p. 34.

²⁷⁰ STRECK, op. cit., p. 544-545

²⁷¹ Interessante anotar que a cautelar que decreta a inconstitucionalidade de medida provisória, transforma-a em projeto de lei.

constitucionalidade, e, cautelarmente, todos os processos possam ser suspensos, e em havendo ambivalência entre ADIn e ADC, qual a razão de não conceder o mesmo efeito em decisão cautelar proferida em ação direta de constitucionalidade?”.²⁷²

É o que aconteceu no julgamento da ADC nº. 4, em que foi relator o Ministro Sydney Sanches. Suspendeu-se através de medida cautelar com eficácia *ex nunc* e efeito vinculante, até o julgamento final da ação, todas as ações que pleiteassem tutela antecipada contra a Fazenda Pública com fundamento nos requisitos do art. 1º da Lei nº. 9.494/97.²⁷³

Assim, perante a regra do art. 23 e 24 da Lei nº. 9.868/99, que determina a ambivalência das decisões proferidas em ADI e ADC — ou seja, quando a ADI for indeferida ter-se-á uma declaração de constitucionalidade e quando a ADC for inderefida, o Supremo Tribunal terá afirmado a inconstitucionalidade do preceito impugnado —, entende-se que o efeito vinculante das liminares proferidas em ADC estende-se também para as liminares proferidas em ADI, de modo que ambas terão efeito vinculante e suspenderam o julgamento das ações em curso até da decisão final que confirmar ou revogar a liminar.

Esse entendimento tem sido acolhido pelo STF, que após a edição da Lei nº. 9.686/99 já determinou que “...os efeitos da decisão concessiva de cautelar, no processo de controle abstrato de normas, operam-se nos planos de eficácia e vigência da norma. A concessão de liminar acarreta necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvam aplicação da lei cuja vigência restou suspensa”.²⁷⁴

Desse modo, quanto aos efeitos temporais proferidos em sede de liminar, pode-se concluir que a legislação seguiu a orientação jurisprudencial do STF, que há muito já vinha concedendo liminares com efeitos, em regra, *ex nunc*. A novidade ficou para o plano dos efeitos vinculantes das liminares, as quais a partir da Lei nº. 9.868/99 passaram a “avocar” as causas em que a lei em análise no controle abstrato fosse objeto de outras causas discutidas perante o Poder Judiciário.

²⁷² STRECK, op. cit., p. 765.

²⁷³ Apud PALU, op. cit., p. 256 e MENDES, O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Processo de Controle de Constitucionalidade das Normas... p. 455.

²⁷⁴ Rcl. 935/DF, Relator Min. GILMAR MENDES, DJ. 17-10-2003.

3.5 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDOS EM SEDE DE ADC E ADPF

Os efeitos temporais produzidos na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e na Arguição de Descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF) foram regulamentados pelas Leis n^{os} 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente.

Quanto à ADC, destaca-se preliminarmente que, desde a sua introdução no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional n.º 03/93, produz efeitos *erga omnes* e vinculantes. Esse último é fonte de diversas críticas da doutrina, entre elas ressaltam-se: o enfraquecimento do sistema difuso do controle de constitucionalidade — devido ao efeito vinculante de suas decisões — e a sua incompatibilidade com diversos institutos processuais, como a ausência de réu na ação, que poderia comprometer a garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição. Essas críticas podem ser consideradas improcedentes, como demonstra parte da doutrina.²⁷⁵ No entanto, permanece um problema de direito material decorrente da inserção da ADC no sistema de controle de constitucionalidade abstrato brasileiro.

De acordo com os ensinamentos de POLETTI, “...algumas leis terão, apenas a presunção de constitucionalidade, e outras mais fortes, já objeto de deliberação vinculante pelo Supremo, serão constitucionais mesmo, sem que seja possível lhes opor qualquer argumento”.²⁷⁶ Na seqüência lembra o autor que, embora sempre haja efeito vinculante e *erga omnes* nas ações abstratas, quando o STF declara a constitucionalidade de uma lei por via de ADI, os demais juízes poderão continuar negando a aplicação de tal lei por entendê-la inconstitucional. Assim, a procedência da ADC gera efeitos vinculante, porém a improcedência da ADI resguarda o direito do restante do Judiciário de apreciar a constitucionalidade da lei. Em última análise, pode-se dizer que as decisões proferidas em ADCs, de fato, enfraquecem o controle de constitucionalidade difuso e engessam a evolução da interpretação constitucional, uma vez que restringe sua jurisdição.

²⁷⁵ POLETTI, explica brevemente o porquê da improcedência das críticas técnico-jurídicas feitas à Ação Declaratória de Constitucionalidade, ressaltando que a argumentação desenvolvida em prol da ADC deve-se, em grande parte, a Gilmar Ferreira Mendes. (Op. cit., p. 234-235).

²⁷⁶ *Ibidi.*, p. 236.

Nesse sentido, JORGE MIRANDA observa que as controvérsias em torno da ADC não lhe admiram, pois, embora o instituto seja voltado para a economia processual e a certeza do direito, não se pode negar que

apresenta-se bastante vulnerável: desde logo, porque, para tanto, bastaria atribuir força obrigatória geral a não declaração de inconstitucionalidade; depois porque diminui o campo de fiscalização difusa; e, sobretudo porque o seu sentido útil acaba por se traduzir num acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária, a medida proveniente dos órgãos (salvo o Procurador Geral da República) a quem se reserva a iniciativa.²⁷⁷

Por razões similares, LÊNIO STRECK entende que a improcedência de uma ADI não pode ser equiparada a uma declaração de constitucionalidade feita em ADC, pois “...enquanto para a ADI não se exige aprovação de controvérsia anterior, e o elenco de legitimados para sua propositura é bem mais extenso, na ADC a exigência de comprovação da relevância dá a esta um feitiço bem diferenciado”.²⁷⁸

Tais críticas feitas a ADC não foram levadas em consideração pelo legislador e acabaram assumindo relevância ainda maior com as inovações da Lei nº. 9.868/99, que ao regulamentar os processos da ADI e da ADC, consolidou, em seu art. 24, o entendimento de que a ADC é exatamente o oposto ADI. Ou seja, como explica o Ministro TEORI ALBINO ZAVASKI, “tanto a ação direta de inconstitucionalidade como a ação declaratória de constitucionalidade, têm caráter dúplice, ou seja, ambas têm aptidão para firmar quando julgadas, no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes dá objeto.”²⁷⁹

A consagração legal da ambivalência entre essas ações, foi motivo de espanto para JORGE MIRANDA, que, como visto, já não era concorde com a introdução da ADC no sistema brasileiro. A indignação do autor fica evidente ao afirmar que “foi-se ao ponto de, por lei ordinária (Lei nº. 9.868 de 10 de Novembro de 1999), estatuir que, no caso da não procedência da ação direta de inconstitucionalidade, ser proclamada a constitucionalidade da disposição ou da norma impugnada (art. 23 e 24) — quer dizer, foi-se ao ponto de assim, uma ação proposta com certa finalidade converter-se em ação com resultado oposto.”²⁸⁰

²⁷⁷ MIRANDA, J. **Os Tipos de Decisões na Fiscalização de Constitucionalidade**, Interesse Público. Notadez, Ano 5, n. 18 março/abril, Porto Alegre. 2003, p.40.

²⁷⁸ STRECK, op.cit., p. 766.

²⁷⁹ ZAVASKI, op. cit., p.48.

²⁸⁰ MIRANDA, J. **Os Tipos de Decisões na Fiscalização de Constitucionalidade...** p. 40.

Para REGINA FERRARI, a extensão dos efeitos vinculantes da ADC para a ADI somente poderia ter sido feita por via de emenda constitucional. Observa a autora que a vontade do legislador é sempre a aquela que se pode extrair objetivamente da norma, assim, como não foi previsto efeito vinculante para a ADI, verifica-se que

se está diante de um caso que caracteriza o chamado silêncio eloquente, vale dizer, na hipótese em questão, não se pode identificar uma lacuna ou omissão do legislador reformador que possa ou deva ser preenchida por norma supletiva da Constituição, mas de vontade dirigida para tal fim, isto é, de não presentear com efeito vinculante as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal nas ações direta de inconstitucionalidade.²⁸¹

Outra não é a posição de LÊNIO STRECK ao analisar a natureza jurídica da Lei n.º 9.868/99. Lembra o autor que o art. 22 da Constituição prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual e não processo jurisdicional, “...desse modo, somente por emenda constitucional que estabelece a possibilidade de elaboração de uma lei se poderia tratar dessa matéria.”²⁸²

Pelo mesmo motivo, GISELA MARIA BESTER, afirma que a extensão do efeito vinculante à ADC por via de lei ordinária “...foi extremamente audaciosa e inconstitucional. Este assunto não poderia ter sido regulamentado por lei ordinária porque os efeitos da pronuncia de inconstitucionalidade constituem aspectos substanciais da fiscalização de constitucionalidade. Assim, a inconstitucionalidade seria pela ilegitimidade do poder que operou a alteração do ordenamento jurídico.”²⁸³

Ainda quanto a ambivalência das ações, LÊNIO STRECK indaga qual a necessidade da ADC se está é exatamente o oposto da ADI. Para responder sua dúvida traça o seguinte raciocínio lógico:

pode-se dizer que, se de uma afirmação se pode tirar uma negação, é ela que é ‘ambivalente’; já duas coisas que positiva e negativamente chegam às mesmas conclusões, ou são desnecessárias ou são coisas diferentes; ou, de outro modo, e dizendo a mesma coisa, se uma proposição afirma algo de forma negativa, e, no seu recurso, a afirma positivamente, é porque é uma coisa só; não há necessidade, pois, de duas coisas que afirmem e neguem a mesma coisa. Se, entretanto, de fato há duas, uma não pode ser o reverso da outra pela simples razão de que uma não é a outra...É preciso dizer mais?²⁸⁴

Apesar das críticas à ambivalência das ações, o STF afirmou na Reclamação n.º 1880 que:

²⁸¹ FERRARI, op. cit., p. 224.

²⁸² STRECK, op. cit., p. 425.

²⁸³ BESTER, op. cit., p. 534.

²⁸⁴ STRECK, op. cit., p. 773.

Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal.²⁸⁵

Desse modo, o que importa ressaltar é que, como decorrência da proclamada ambivalência entre as decisões proferidas em ADI e ADC, todos os efeitos típicos de uma, poderão ser aplicados nas decisões da outra e vice-versa. Assim, torna-se possível que as declarações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em sede de ADI produzam efeito vinculante, bem como as decisões proclamadas em ADC possam ter seus efeitos limitados no tempo, tanto com efeitos *ex nunc* ou como *pro futuro*.

LÊNIO STRECK, adverte que, na realidade, “o que existe é a discussão dos efeitos que exsurtem da rejeição da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Não é a mesma coisa, portanto, falar em efeito inverso e a previsão de uma ação específica para declarar a constitucionalidade. Tal circunstância não tem sido devidamente esclarecida no Brasil”.²⁸⁶

De acordo com o referido autor, até é possível se aceitar, com certas reservas de índole constitucional, que ao ser indeferida a ADC, sua decisão seja equivalente a de uma declaração de inconstitucionalidade. Porém, admitir que a decisão que indefere a ADI seja equivalente a uma declaração de constitucionalidade nos moldes da proferida em ADC é discutível, pois aplicar-se-ia a ela o efeito vinculantes do art. 28 da Lei nº. 9.868/99.²⁸⁷

Desse modo, entende ser “...absolutamente razoável afirmar que o efeito vinculante de que fala a Lei em seus diversos dispositivos não se aplica aos casos de ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, sendo aconselhável que o Supremo Tribunal Federal, neste caso, faça uma interpretação restritiva dos arts. 24 e 28, § único.”²⁸⁸

²⁸⁵ Rcl-AgR 1880/SP, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ. 19/03/2004.

²⁸⁶ STRECK, op. cit., p. 763.

²⁸⁷ Ibid., p. 766.

²⁸⁸ Ibid., p. 767

Portanto, a partir da Lei nº. 9.868/99, que afirma a ambivalência das decisões proferidas em ADC e em ADI, denota-se duas importantes alterações nos efeitos temporais emanados em sede dessas ações: a ADI passa a produzir efeitos vinculantes nos termos do art. 28 e as decisões proferidas em ADC podem ter seus efeitos temporais manipulados conforme a regra do art. 27.

Quanto à ADPF, destaca-se que preceito de conteúdo praticamente idêntico ao do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 foi introduzido no art. 11 da Lei nº. 9.882/99, o qual inclusive foi questionado por meio da ADIN nº. 2.231. Nessa ação, o então Ministro Néri Silveira, ao indeferir o pedido liminar, votou pela constitucionalidade do art. 11 argumentando que a ADPF “...é processo de natureza objetiva e por isso não há norma que impeça o legislador ordinário de autorizar o STF a restringir os efeitos de suas decisões”.

A doutrina por sua vez, ao tratar da restrição dos efeitos da ADPF, verifica que os mesmos pressupostos formais e materiais do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 são estabelecidos pelo art. 11 da Lei nº. 9.868/99. Por essa razão, LÊNIO STRECK²⁸⁹, LUÍS ROBERTO BARROSO²⁹⁰ E REGINA FERRARI²⁹¹, preferem remeter o leitor aos comentários do artigo 27, uma vez que julgam serem esses adequados para uma perfeita compreensão da mitigação dos efeitos da ADPF. E, ANDRÉ RAMOS TAVARES, após atestar a equivalência entre os efeitos temporais proferidos em sede de ADPF e em sede de ADI e ADC, aduz que

a graduação (dimensionamento) temporal das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de descumprimento de preceito fundamental e, de resto, em sede de qualquer processo objetivo, é poder que se insere naturalmente, nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária a previsão constitucional expressa. Se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há de considerar que relegou a questão a prudente discricionariedade do Tribunal.²⁹²

Conclui-se, portanto, que após as Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99, a flexibilização dos efeitos temporais das decisões proferidas pelo sistema de controle abstrato de constitucionalidade se consolidou no direito brasileiro. Desta forma, tanto a ADI, ADC como a ADPF passaram a admitir uma exceção à regra da

²⁸⁹ Ibid., p. 830-831.

²⁹⁰ BARROSO, op. cit., p. 277.

²⁹¹ FERRARI, op. cit., p. 592.

²⁹² TAVARES, A. R., **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**. Saraiva. São Paulo. 2001, p. 389.

retroatividade dos efeitos de suas decisões desde que preenchidos os requisitos formais e materiais do art. 27 e 11, respectivamente. Além disso, não se pode deixar de ressaltar que também o efeito vinculante tornou-se aplicável as três ações.²⁹³

²⁹³ O efeito vinculante para a ADPF está previsto no art. 10 par. 3º. da Lei nº. 9.882/99.

4. OS LIMITES MATERIAIS PARA A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA EM SEDE DE ADI

A manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade introduzida pelo artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 não é um mecanismo de política judiciária destinado a controlar essas decisões. Mas muito pelo contrário. Tal dispositivo legal, em primeiro lugar, afirma que o princípio da nulidade da lei inconstitucional é regra do ordenamento pátrio e, em segundo, permite que, perante um *quorum* de qualificado e devido a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, seja aberta uma exceção à regra geral confirmada pelo próprio dispositivo, facultando que o Supremo Tribunal restrinja os efeitos de sua declaração.

Essa é a lição de GILMAR FERREIRA MENDES, que ao comentar o artigo 27 afirma que “O princípio da nulidade continua a ser regra também no direito brasileiro. (...) Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não há de se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.”²⁹⁴

Desse modo fica evidenciado que o princípio da nulidade somente poderá ser afastado quando dois terços do STF entender que os limites materiais para a restrição dos efeitos da declaração – segurança jurídica ou excepcional interesse social - estão presentes no caso em apreço. Todavia, é de se destacar que “O princípio da nulidade somente será afastado se for demonstrado, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.”²⁹⁵

Ou seja, a regra inserta no artigo 27 traduz uma autorização legislativa para que a Corte Constitucional proceda à ponderação entre o princípio constitucional da

²⁹⁴ MENDES, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade Como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade...p. 443.

²⁹⁵ Id.

nulidade da lei inconstitucional e “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, por meio da qualificadíssima maioria de dois terços.²⁹⁶

De acordo com LUÍS ROBERTO BARROSO a legitimidade dessa autorização depende da definição da natureza constitucional dos princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, pois somente se princípios constitucionais forem, é que será legítima a ponderação entre o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional e “razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social”.²⁹⁷

Aceite a natureza constitucional dos requisitos materiais do art. 27 não há que se discutir se se está perante a formalização de um mecanismo de ponderação de valores. Ressalta BARROSO, que não se pode deixar passar despercebido que dita ponderação não se estabelece entre o princípio da supremacia da Constituição e a segurança jurídica ou excepcional interesse social, uma vez que

...a supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas. Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e a unidade do sistema. O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Como por exemplo: boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade dos vencimentos, razoabilidade.²⁹⁸

Em que pese a primeira vista o art. 27 ser de grande utilidade para proporcionar decisões mais justas, o que há, na realidade, é uma limitação do exercício de ponderação do STF, o que seria absolutamente desnecessário, pois como assevera LUÍS ROBERTO BARROSO “...a jurisprudência do Superior Tribunal Federal já vinha tratando a questão de forma equilibrada e construtiva. Não havia necessidade de ato legislativo interferindo nesse mandato.” Por essa razão, BARROSO entende que, embora contrário aos anseios do legislador histórico (isto é, a *mens legislatoris*), seria perfeitamente possível interpretar o artigo 27 como uma regra restritiva, pois o que existe é uma redução da “...liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal...”, quando se impõe um *quorum* de dois terços para restringir os efeitos da decisão. Tal restrição de competência leva o

²⁹⁶ Parecer do Consultor Geral da União, Dr. André Serrão Borges de Sampaio na ADIn 2.154 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro...**, p.436.

²⁹⁷ Idi.

²⁹⁸ BARROSO, **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...**, p. 187.

autor a questionar se caberia ao legislador ordinário “...impor condições para a ponderação de valores constitucionais.”²⁹⁹

No mesmo sentido, FISCHER recepcionou a regra do artigo 27, lembrando que os limites matérias para restrição dos efeitos do art. 27 acabaram reduzindo o campo da interpretação constitucional, pois “...antes dessa norma, o Supremo Tribunal Federal, poderia em tese manipular os efeitos, fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado par tal fim. Agora, porém, somente em caso de ‘segurança jurídica’ ou se ‘excepcional interesse social’, poderá o Supremo restringir os efeitos daquela declaração”. A partir dessa crítica lembra que em Portugal também é possível a restrição dos efeitos diante de ‘razão de equidade’.³⁰⁰

Entretanto, o autor ressalta que, apesar de todos os argumentos que se possam levantar contra o artigo 27, o ideal é que esse seja considerado válido, pois somente assim teríamos uma maior segurança sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que restaria claro que o STF somente poderia restringir os efeitos quando diante de uma situação de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”. Ao contrário, sem a norma do artigo 27 não teríamos maiores e mais seguros parâmetros para a aferição da atuação do STF.

Por outro lado, ressalva FISCHER que considerar válido o artigo 27, não é o que tratará mais proteção ao ordenamento jurídico, uma vez que o STF poderá decidir baseado em tal dispositivo sem que seja sua decisão controlada por um terceiro. Dessa forma, a caracterização de segurança jurídica, por exemplo, poderá ser altamente subjetiva, sem se insurgir contra ela.

Nesse sentido, o autor defende que a “a ‘fiel balança’, na manipulação dos efeitos, é, sem dúvida alguma, o princípio da proporcionalidade. Porém a aplicação deste princípio tem por pano de fundo não a satisfação de um ou de outro valor em específico, mas antes a estabilidade do próprio sistema.”³⁰¹

Por isso, explica que, no seu entendimento, o artigo 27,

antes de impor limites para a retroatividade das leis declaradas inconstitucionais, é uma “regra de calibração” do ordenamento jurídico, utilizada em situações limites, em que se avista que a retroatividade da lei inconstitucional provocará uma grave ruptura no sistema.

²⁹⁹ *Idi.*

³⁰⁰ FISCHER, op. cit., 169.

³⁰¹ Op. cit., p. 195.

Nesse sentido o autor explica que “a ‘regra de calibração’ não pode das ensejo ao rompimento do que ela mesma visa a assegurar, que é a coesão do sistema. Dizer, portanto, que ‘os efeitos produzidos pela norma inconstitucional (...) muitas vezes são protegidos por outros princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica, da moralidade, da boa fé e etc.’ não é fundamento suficiente para autorizar a manipulação dos efeitos da decisão de invalidade de uma norma, porque praticamente em todas as situações que surgirem sob o pálio de uma decisão de inconstitucionalidade, a rigor, poderemos argumentar que a restrição dos efeitos é necessária, em razão de algum daqueles princípios constitucionais.” Ou seja, deve ser uma exceção e não uma regra.³⁰²

Para FISCHER a regra da calibração não é representada por um outro princípio, mas pela competência para a manipular dos efeitos da inconstitucionalidade, ou, em outras palavras, pela competência conferida ao STF para proteger a harmonia do sistema.³⁰³

No entanto, apesar das críticas as limitações materiais do art. 27, sendo esse existente, válido e eficaz na ordem jurídica, cabe ao intérprete compreender o como funciona esse mecanismo de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, averiguar quando, de fato, estará presente razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Antes de fazer um breve exame de cada um desses requisitos materiais, vale destacar que, conforme ensina DANIEL SARMENTO, “Os pressupostos materiais para a modulação dos efeitos temporais foram estabelecidos na forma de conceitos jurídicos indeterminados: o legislador referiu-se à razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.”³⁰⁴ Portanto, faz-se necessário lembrar do ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ao explicar que

A apreensão do significado dos conceitos imprecisos é, sem dúvida, um ato de inteligência e ao Judiciário assiste praticá-lo para interpretar a lei. As decisões de mérito são, indubitavelmente, atos volitivos, decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade, que traduzem a opção por um dentre dois ou mais comportamentos comportados pela norma a ser aplicada.³⁰⁵

Diante dessas espécies de conceitos jurídicos é essencial uma interpretação cautelosa, sob pena de, em nome do exercício do poder discricionário, se dar espaço a decisões arbitrárias. Por outro lado, ao contrário do que se possa imaginar, a utilização de conceitos indeterminados não é, a princípio, um atributo negativo do texto normativo. Sua utilização possibilita a melhor adequação da norma frente à

³⁰² *Ibidi.*, p.197.

³⁰³ *Ibidi.*, p. 198.

³⁰⁴ SARMENTO, op. cit., p. 217.

³⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 24-25.

realidade fática, que, muitas vezes, apresenta uma diversidade impossível de ser mensurada pelo legislador.

Nesse sentido, destaca MARÇAL JUSTEN FILHO que “...a ausência de determinação precisa não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real.”³⁰⁶

Os conceitos indeterminados são de suma importância para a construção de um ordenamento jurídico compatível com a realidade. Entretanto, não passam ilesos a críticas, já que dependem de uma avaliação subjetiva, a qual nem sempre encontra as balizas necessárias para a determinação ideal do conceito.

Vale dizer: a compreensão adequada desses conceitos indeterminados não parte de interesses secundários, nem de preceitos abstratamente traçados, mas é vinculada ao conteúdo constitucional que se espalha por todo o ordenamento, dando-o feição e, principalmente, um sentido único, que no ordenamento pátrio pode-se resumir na busca pela realização de direitos fundamentais balizada pela proporcionalidade e pela justiça.

Assim, é necessário que se estabeleça o alcance dos conceitos jurídicos indeterminados do art. 27 — segurança jurídica e excepcional interesse social — pois, embora possam ser um excelente instrumento para o desenvolvimento de uma jurisprudência que prestigie cada vez mais os direitos fundamentais e a normatividade da Constituição, podem, como adverte HUGO DE BRITO MACHADO, servir de instrumentos para “...a prestação de eventuais homenagens ao autoritarismo, como o indesejável amesquinhamento da segurança jurídica.”³⁰⁷

Por fim, toma-se a lição de JORGE MIRANDA, para o direito português, de que se

Por um lado (...) se, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal contribui para o reequilíbrio do sistema jurídico, ao mesmo tempo, e quase paradoxalmente, o exercício dessa competência constitui um factor de incerteza e insegurança. Assim, a limitação de efeitos surge como um meio de atenuar os riscos da incerteza e insegurança, conseqüentes, em princípio, à declaração de inconstitucionalidade, mas por outro lado, não basta para justificar a limitação dos efeitos

³⁰⁶ JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 159.

³⁰⁷ MACHADO, H. B. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. n.º 57. fls. 72-87. jun., 2000. p. 72.

que a declaração de inconstitucionalidade envolva alguma incerteza para o mundo do direito e para a vida social dele dependente.³⁰⁸

Portanto, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deverá ser realizar-se não apenas quando presente razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, afinal, em uma certa medida, essas sempre estarão presentes. O fundamental é que a proteção segurança jurídica ou excepcional interesse social resultante da inconstitucionalização seja de grau elevado. Ou seja, que qualquer limitação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade seja reduzida ao estritamente necessário para a salvaguarda dos valores mencionados.

4.1. A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica, um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, foi escolhida pelo legislador como um dos requisitos que autoriza o STF a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isto é, a romper o dogma de que o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional é absoluto.

Primeiramente, deve-se observar que, conforme já destacado acima, os requisitos para a manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade fazem parte daquela categoria de conceitos denomina pela doutrina de “conceito jurídico indeterminado”. Ao iniciar a análise a respeito do conteúdo da segurança jurídica, REGINA FERRARI, adverte que “Antes de qualquer coisa deve-se ressaltar que a expressão ‘segurança jurídica’ encontra-se dentre aquelas que não possuem uma significação unívoca, precisa, mas que padece de imprecisão e fluidez, o que leva a identificá-lo como plurissignificativo, o que o caracteriza como um conceito jurídico indeterminado.”³⁰⁹

A referida autora explica que, essencialmente, quando se pensa em segurança jurídica, pensa-se em direito justo, razão pela qual determinar o seu conteúdo não é tarefa tão simples assim, uma vez que “...em determinadas situações ninguém poderá se furtar de reconhecer que existe a presença do respeito

³⁰⁸ Declaração de voto do Juiz Vital Moreira anexa ao acórdão n.º. 144/85, de 31 de julho, in Diário da República, 1ª série, n.º. 203, de 4 de setembro de 1985, p. 2880 Apud MIRANDA, op. cit., p.268-269.

³⁰⁹ FERRARI, op. cit., p. 304.

à segurança jurídica e, em outros, a negação de sua existência é patente. Porém, em que pese estas duas zonas de certeza, existe entre elas uma zona de incerteza que medeia essas duas posições e que só será dissipada frente à análise de um caso concreto.”³¹⁰

Apesar das dificuldades para definir segurança jurídica, é possível indicar princípios e regras expressos que manifestam o seu conteúdo. A princípio, deve-se ressaltar que a idéia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, a uma segurança do cidadão de que seus direitos e obrigações decorrerão, necessariamente, de uma lei que será, formal e materialmente, compatível com o ordenamento jurídico. Assim, pronuncia-se CLÊMERTON MERLIN CLÈVE acerca do Estado de Direito:

Assim, ao mesmo tempo em que o Estado de Direito afirma-se como princípio estruturante (na perspectiva axiológica) identificador da ordem jurídica, do Estado e da sociedade brasileira, ele também expressa um sentido de normatividade que se plasma e se densifica por alguns conteúdos (direitos fundamentais e bens protegidos) no âmbito do sistema constitucional.

Por tal razão, costuma-se afirmar que o princípio do Estado de Direito possui dimensões declarativas (ou seja, decorrências) que impõem, dentre outros fins autônomos de proteção, a tutela da confiança e da segurança jurídica.³¹¹

Na Constituição de 1988, a segurança jurídica manifesta-se implicitamente em alguns dispositivos, como no art. 5º inc. II, (princípio da legalidade), inc. XXXVII (juiz natural), inc. XXXV (livre acesso ao Judiciário), inc. XXXVI (declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, inclusive os omissivos – art. 102, inc. I al. ‘a’ e § 2º e 103 § 2º.) e art. 150 inc. III al. ‘b’ (anterioridade tributária).³¹²

Evidentemente que a segurança jurídica não se restringe aos mencionados preceitos constitucionais. Conforme as lições de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, a segurança jurídica foi estabelecida na Constituição de 1988 como um princípio geral,

³¹⁰ Ibid. p.304- 305.

³¹¹ CLÈVE, C., Crédito-prêmio do IPI - eventual mudança de orientação jurisprudencial e princípio constitucional da segurança jurídica. In: **Revista Interesse Público**, nº 27, fls.136-157 Notadez: Porto Alegre, 2004. p. 140-141.

³¹² FERRARI, op. cit., p. 307. Nesse sentido também HUMBERTO ÁVILA “O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, “a”) e da anterioridade (art. 150, III, “b”). Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.” - Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295.

típico de um Estado de Direito. Por isso, deve-se reconhecer que nas relações jurídicas entre o Estado e os particulares, donde surge a tensão justificadora, ao menos em um primeiro momento, da afirmação dos direitos fundamentais, “devem se pautar, além dos parâmetros especialmente definidos na Lei Fundamental (repita-se, aqui, novamente: ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada, irretroatividade das normas penais, irretroatividade e anterioridade da norma tributária, devido processo legal dentre outros), por *padrões gerais de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade*.”³¹³

Assim, observa-se que das disposições constitucionais que tutelam a segurança jurídica é possível retirar-se, pelo menos, dois elementos comuns que sempre permeiam a idéia de segurança jurídica: a previsibilidade e a estabilidade. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao conceituar segurança jurídica indica a importância dessas características dizendo que “...é a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente — e não aleatoriamente, a o mero sabor do acaso —, comportamento cujos frutos são inseparáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana.”³¹⁴ E assim aduz o autor em uma lúcida observação:

o Direito, conquanto seja, como tudo o mais, uma constante mutação, para ajustar-se a nova realidade e para melhor satisfazer os interesses públicos, manifesta e sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se perlongam no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos.³¹⁵

CANOTILHO, ressaltando previamente que em virtude de ser o princípio da segurança jurídica essencial para a manutenção do Estado de Direito, afirma que se torna difícil precisar o seu conteúdo básico, assim, o autor sintetiza seu conceito:

(1) a estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifiquem quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reduz à

³¹³ CLÈVE, C. Crédito-prêmio do IPI - eventual mudança de orientação jurisprudencial e princípio constitucional da segurança jurídica... p. 142.

³¹⁴ BANDEIRO DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111.

³¹⁵ *Idi.*

exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.³¹⁶

Todavia, como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do conceito de segurança jurídica produziu um conjunto mais abrangente de idéias e conteúdos que incluem: (1) instituições estatais que exercem seu poder através do princípio da legalidade; (2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (3) a estabilidade das relações jurídicas manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; (4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados e (5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com situações isonômicas para situações idênticas ou próximas.³¹⁷

Com o incremento das relações sociais, jurídicas e econômicas que se desenvolvem sob o manto do Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica assumiu grande destaque e importância, em especial, naqueles Estados que tem sua economia guiada pelo capitalismo.³¹⁸ A reflexão em torno de seu significado e de sua instrumentalidade, bem como a experiência prática, conduziram a uma sofisticação de idéias da qual nasceu um sub-princípio de extrema relevância: o princípio da proteção da confiança.

CANOTILHO explica que o princípio da proteção da confiança é uma dimensão específica da segurança jurídica. Enquanto a segurança jurídica relaciona-se com os elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica,

³¹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 384.

³¹⁷ BARROSO, L. R. A Segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo. In: **Temas de Direito Constitucional**. fls. 49-72. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 50.

³¹⁸ De acordo com Almiro do Couto e Silva, tanto direito pátrio como no direito comparado, os temas debatidos na atualidade que relacionados com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, são em suma: “a) a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais (p. ex. licenças, autorizações, subvenções, atos pertinentes a servidores públicos, tais como vencimentos e proventos, ou de seus dependentes, p. ex. pensões, etc.); b) a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico; c) a responsabilidade pré-negocial do Estado; d) o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico (p. ex. da ordem econômica, do exercício de profissões, dos servidores públicos).” SILVA, A. do C. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, nº 06, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.15.

segura orientação e realização dos direitos – a proteção da confiança refere-se aos elementos subjetivos da segurança, como a calculabilidade e previsibilidade dos cidadãos em relação aos atos jurídicos do Poder Público. Assim, sintetiza que “a segurança e a proteção exigem, no fundo (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos.”³¹⁹

Para ALMIRO DO CONTO E SILVA, “A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza **objetiva** e outra de natureza **subjetiva**.”³²⁰ Quanto à natureza **objetiva**, o autor refere-se à questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, inclusive aqueles que se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Em relação à natureza **subjetiva**, refere-se à **proteção à confiança** dos cidadãos quanto aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Portanto, o Estado de Direito, guiado pelo princípio da segurança jurídica implica confiança em que atuação dos entes públicos será feita de acordo com as leis vigentes, enquanto o princípio da proteção da confiança garante que os cidadãos tenham previsibilidade das mudanças legais, e até mesmo jurisprudências, que decorrem do desenvolvimento da atividade do Poder Público. Nesse sentido CANOTILHO, explica que:

É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a *uniformidade ou estabilidade da jurisprudência*. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais.³²¹

Sob esse mesmo enfoque, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE explica que a segurança jurídica permite que a jurisprudência se altere conforme a evolução da interpretação judicial, pois “..não tem o condão de engessar, amarrar ou bloquear, de forma definitiva, o Direito e a jurisprudência.” No entanto, em nome da segurança

³¹⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 257.

³²⁰ SILVA, A e C., O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)... p. 10.

³²¹ CANOTILHO, op. cit., p. 257-258.

jurídica, a atividade judicial deverá levar em conta as circunstâncias do plano concreto “E, no plano global, também em vista da segurança jurídica, a mudança de orientação jurisprudencial, em gerando ‘convicção de obrigatoriedade’ no Administrador Público e nos cidadãos, haverá de nortear as suas condutas apenas para o futuro. Isto porque, nas decisões individuais, os casos concretos permitem o aproveitamento de dados da realidade, o que não ocorre no plano geral da eficácia produzida pela jurisprudência.”³²²

A segurança jurídica já era, mesmo antes do art. 27, invocada para limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre situações jurídicas concretas, como ocorreu no famoso caso, julgado pelo Ministro Bilac Pinto, do oficial de justiça nomeado por norma declarada inconstitucional, mas que teve todos os seus atos preservados em nome da segurança jurídica daqueles que litigavam nos processos em atuação.³²³

Também antes do art. 27, o STF já se restringia os efeitos da decisão que declarasse inconstitucional de lei concessiva de vantagens a certos segmentos do funcionalismo público, em especial para os magistrados. Argumentavam que as prerrogativas de sua função — como a irredutibilidade de vencimentos — impediam a retroatividade dos efeitos da lei inconstitucional. No RE 122.202, em que foi relator o Ministro Francisco Rezek, determinou-se que “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade da lei declarada inconstitucional — tão pouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.”³²⁴ Quanto aos fundamentos dessa decisão, GILMAR FERREIRA MENDES, tece a seguinte crítica:

Essa tentativa, um tanto quanto heterodoxa, de preservar as vantagens pecuniárias já pagas aos servidores públicos, com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional, parece carecer de fundamentação jurídica consistente em face da doutrina da nulidade da lei inconstitucional. Ela demonstra, ademais, que o Tribunal, na hipótese acabou por produzir uma mitigação aos efeitos com base em argumentos quase que exclusivamente retóricos. **Mais apropriado seria reconhecer que, nos casos referidos, a retroatividade plena deveria ser afastada com fundamento no princípio da segurança jurídica, que, como se sabe, também entre nós é dotado de hierarquia constitucional.**³²⁵ (sem o destaque no original).

³²² CLEVE, Crédito-prêmio do IPI - eventual mudança de orientação jurisprudencial e princípio constitucional da segurança jurídica... p. 150.

³²³ MENDES, **Jurisdição Constitucional**.... p. 337.

³²⁴ RE 122.202, Ministro Francisco Rezek, DJ 8 abril de 1994

³²⁵ MENDES, **Jurisdição Constitucional**.... p. 338.

Assim, a lição que se extraí da crítica formulada por GILMAR FERREIRA MENDES é que, verificado conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, a solução da questão será alcançada através de um processo de complexa ponderação, uma vez que ambos têm status constitucional. Assim, ensina CLÊMERTON MERLIN CLÉVE que “...a ponderação dos valores jurídicos da segurança e da confiança e da conformação atualizada e justa das relações jurídicas pelos poderes normativos legitimadamente autorizados justifica um melhor esclarecimento da retroatividade das fontes de direito.”³²⁶ Por esse motivo, aquele autor entende que “em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritivos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado em nosso direito.”³²⁷

Nessa perspectiva, REGINA FERRARI, partindo dos ensinamentos de JORGE MIRANDA, adverte que o processo de ponderação, instrumentalizado pelo princípio da proporcionalidade, deve levar em consideração que “...se de um lado, o Tribunal Constitucional ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma contribui para o reequilíbrio do sistema jurídico, de outro, ‘o exercício dessa competência constitui um factor de incerteza e insegurança. Assim, há limitação de efeitos surge como um meio de atenuar os riscos da incerteza e insegurança’.” Assim, manipulação dos efeitos poderá ocorrer apenas no caso de uma “...inconstitucionalidade de grau elevado e reduzido ao estritamente necessário, para salvaguarda dos valores mencionados na Constituição.”³²⁸

Em que pese a técnica da ponderação entre os princípios constitucionais da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, seja o meio ideal para averiguar as possibilidades e o alcance da manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade, não se pode deixar de mencionar nesse momento uma questão posta pela doutrina referente à segurança jurídica e aos efeitos do ato

³²⁶ _____. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e sobre os atos singulares praticados sob a sua égide. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 19, fl. 78-104, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997, p. 90-94.

³²⁷ MENDES, **Jurisdição Constitucional**... p. 333.

³²⁸ Complementa CLÉVE que “A modelagem dos efeitos da decisão vem sendo admitida, inclusive, em sede de processo subjetivo, concreto, como já advertido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Medida Cautelar em Ação Cautelar – AC 189 MS/SP).” p. 146

inconstitucional. Trata-se de saber se é possível estabelecer prazo prescricional para os atos manifestadamente inconstitucionais.

Assim, tendo em vista a inexistência de prazo para a pronúncia da nulidade – já que a inconstitucionalidade decorre de vício, em princípio insanável e imune à prescrição – questiona-se se não seria possível estabelecer um prazo prescricional para a lei inconstitucional que, até o momento do reconhecimento de sua invalidade, consolidou inúmeras relações jurídicas. Para casos como esses, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE afirma que “... o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da proteção da confiança.”³²⁹

Para LUÍS ROBERTO BARROSO esse entendimento é o que melhor se harmoniza com o sistema jurídico. “De fato, em qualquer dos campos do direito, a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral da segurança das relações jurídicas, e como tal é regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional.” A Constituição de 1988 tratou do tema para prever as únicas hipóteses em que admite a imprescritibilidade (art. 5º inc. XLII e XLIV) crime de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional.³³⁰

Por isso, diante da falta de regra expressa, e tendo em vista a gravidade do vício da inconstitucionalidade, o autor sugere que a aplicação do maior prazo prescricional ordinário adotado pelo ordenamento³³¹: os dez anos do art. 205 Código Civil de 2002 – que no Código de Civil de 1916 correspondia ao prazo de 20 anos do artigo 177.³³²

³²⁹ CLÈVE, op. cit., p. 250-25.1

³³⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO lembra que o STF já decidiu que a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei surte efeitos a partir da publicação da decisão no DJU, ainda que esta não tenha transitado em julgado. Complementa o autor que “o prazo prescricional contra a fazenda pública é de cinco anos, mas “na hipótese de declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança, somente deverá começar a fluir a partir do julgamento do STF reconhecendo a inconstitucionalidade, seja em ação direta ou em controle incidental. É que nesse momento, à vista da publicação da decisão, o contribuinte passa a ter conhecimento de que pode exercer uma pretensão legítima.” (**Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...** p. 191).

³³¹ *Ibidi.*, p. 189.

³³² Apesar a possibilidade de se estabelecer prazos prescricionais para a declaração de inconstitucionalidade, não se pode olvidar que, conforme os ensinamentos de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE a propositura da ADI é imprescritível. (**A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade...** p. 232).

Para finalizar, destaca-se a preciosa e lúcida observação daquele autor quanto à concepção de segurança jurídica que tem guiado a sociedade contemporânea:

A idéia de segurança jurídica, todavia, enfrenta uma crise de identidade nesse início de século e milênio, uma quadra histórica identificada pelo rótulo ambíguo de *pós-modernidade*, com algumas características bem delineadas. Na Política vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No comportamento consolidou-se o gosto pelo imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e volátil sobre o permanente e essencial. Vive-se a era (i) do poder dos meios de comunicação e (ii) da velocidade. Velocidade de informações e velocidade de transformação: novas gerações de computadores, novos instrumentos de conexão em rede universal, novas fronteiras nos medicamentos e na genética. As coisas são novas por vinte e quatro horas.³³³

(...)

Outra característica desses tempos tem sido o pragmatismo interpretativo, antes ideológico que científico, que se nutre de paranóia do horror econômico e da hegemonia do pensamento único. Nessa variante, princípios constitucionais voltados para a segurança jurídica – como o respeito aos direitos adquiridos, os direitos de igualdade e o devido processo legal – são tratados como estorvos reacionários. Não se teme horror jurídico. Os tempos não parecem estar para miudezas como pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas.

Assim, deve-se concluir que segurança jurídica como requisito para a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não pode ser vista em termos absolutos e tampouco ser desprestigiada. O Direito é um produto sócio-cultural, sujeito a mutações – em especial do Direito Constitucional –, por isso a restrição dos eitos da inconstitucionalidade deve se equilibrar não apenas entre a segurança jurídica e o princípio da nulidade da lei inconstitucional, mas entre aquele e qualquer outro valor que garanta uma decisão justa.

4.2 O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

O excepcional interesse social é, ao lado da segurança jurídica, o segundo requisito material que o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 traz para autorizar a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A princípio, entendeu-se que o conceito de “excepcional interesse social” poderia alcançar todas as razões que não se enquadrassem no conceito de segurança jurídica.³³⁴

³³³ BARROSO, A Segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo... p. 51-52.

³³⁴ FISCHER, op. cit., p. 169.

O problema foi objeto de preocupação da doutrina portuguesa, que possui dispositivo muito semelhante em sua Constituição. JORGE MIRANDA, questiona se, “...estará em causa algo não muito distante da razão do Estado, algo dominado por elementos políticos, ou, pelo contrário, deparar-se-á aqui com algo reconduzível a valores jurídicos, não contraposto (embora de forma diferente) aos demais interesses apontados?”³³⁵

À questão formulada, o autor responde que o melhor seria aproximar o “interesse público de excepcional relevo” dos valores constitucionais, de modo que restasse afastado qualquer colocação de ordem política. Aduz ainda, que essa alternativa exigirá que seja invocada uma densa fundamentação.

Na doutrina pátria, destaca-se argumentação de FISCHER, acerca do alcance da expressão “excepcional interesse social” albergada no conteúdo do art. 27. O autor inicia suas ponderações conferindo uma certa autonomia ao conceito de “excepcional interesse social” em relação a idéia de “segurança jurídica”, explicando que entendimento contrário poderia tornar “letra morta” dito requisito material, ou seja “....seria o mesmo que uma prescrição no sentido de que em qualquer situação excepcional, o Supremo Tribunal Federal, estaria autorizado a manipular os efeitos da sua decisão de inconstitucionalidade.”³³⁶

LÊNIO STRECK, por sua vez, tendo em vista a indeterminação da expressão “excepcional interesse social”, entende que “...a previsão acarreta uma série de problemas, a começar pela enorme discricionariedade que se concede ao Supremo Tribunal.”³³⁷ Por outro lado, GILMAR FERREIRA MENDES acentua que, “...ao contrário do imaginado por alguns autores, também o conceito indeterminado relativo ao interesse social de excepcional relevo não é mero conceito de índole política”³³⁸

Nesse sentido, REGINA FERRARI, afirma que não se encontra no “excepcional interesse social” um óbice ou um conceito de índole política, indicando que a “...expressão excepcional interesse social, demonstra que tal interesse, mesmo representando o interesse público, prevalente na sociedade, não pode dar

³³⁵ MIRANDA, op. cit., p. 267.

³³⁶ FISCHER, op. cit., p. 169.

³³⁷ STRECK, op. cit., p. 693.

³³⁸ MENDES, p. 294.

margem para que seja confundido com o interesse da pessoa jurídica estatal.”³³⁹ Assim, a autora entende que para compreender o excepcional interesse social, é essencial que seu significado seja analisado a partir da idéia de interesse público.

Do exposto até o momento, percebe-se que o conceito de “excepcional interesse social” apresenta duas dificuldades interpretativas que decorrem do grau de indeterminação do seu conceito. Primeiro questiona-se quando, realmente, estar-se-ia diante de uma situação excepcional. Segundo, a idéia de interesse social aproxima-se muito do conturbado debate constitucional-administrativo acerca do verdadeiro conteúdo da principal meta do Estado: o interesse público. A problemática evidencia-se nas palavras de REGINA FERRARI:

Assim, quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela do interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público primário capaz de legitimar a sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade está obrigado a respeitá-lo, isto é, e considerá-lo.³⁴⁰

Portanto, em vista a aproximação do conteúdo do excepcional interesse social, como o conceito de interesse público primário, cabe aqui uma breve análise sobre o significado do conceito de interesse público para o Direito Público.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, provavelmente a maior referência do direito administrativo contemporâneo, traçou um conceito negativo de interesse público. Destacou que o interesse público não se confunde com a somatória dos interesses individuais; não se trata de um interesse autônomo, no sentido de ser desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõe o todo; não poderá ser discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade e tem uma ligação com o interesse particular. Assim, interesse público é o *“...interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”*³⁴¹

Para a formulação de tal conceito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, introduz na doutrina administrativista pátria a idéia de interesse público primário e secundário, a qual se originou no direito processual civil italiano através

³³⁹ FERRARI, op. cit., p. 310.

³⁴⁰ Ibid., p. 313.

³⁴¹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo...**, p.51.

de CARNELUTTI e PICCARDI.³⁴² Para esses autores existiria o interesse coletivo primário, que seria *il complesso degli interessi collettivi prevalenti*, o qual se distingue do interesse individual do sujeito singular, denominado de interesse secundário (*questi interessi individuali propri di ogni singolo soggetto membro della collettività si son denominati interessi secondari*).

Trazendo a teoria processualista para o estudo da Administração Pública, RENATO ALESSI vislumbrou a idéia de existirem dois diferentes interesses envolvidos no desempenho da função administrativa: o interesse público ou coletivo, caracterizado como interesse primário, e o interesse da Administração e os demais que decorrem apenas de direito individuais, denominado de interesse secundário. Essa importantíssima distinção deve ser observada a partir das palavras do autor:

Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente, l'interessi dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interessi collettivo *primário*, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincideza, con l'interessi collettivo primário. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che quantunque essa sia, al pari di ogni altro soggetto giuridico, titolare di un proprio interessi secondario personale, la sua funzione non è quella di realizzare l'interesse secondario, personale, ma bensì quella di realizzare l'interesse collettivo, pubblico, primário, mentre l'interesse secondario, personale, del soggetto amministrativo dei singoli, soltanto in caso di coincideza, e nei limiti della coincidenza, con l'interesse pubblico.³⁴³

³⁴² Ogni interesse in quanto sentito de un individuo, è sempre necessariamente individuale; però, qualora um medesimo interesse sia próprio de uma coletividade più o meno ampia di individui, l'interesse stesso diventa collettivo in quanto sentito da tutti gli individui della collettività espressione unitária di uma molteplicità di interessi individuali coincidenti (...) il complesso degli interessi collettivi prevalenti si è a chiamato, com uma formula sintética, interesse collettivo primario. Questo interesse collettivo, pur essendo l'espressione unitária del molteplici interessi individuali coincidenti próprio ad ogni singolo soggetto giuridico (individuo od ente giuridico) membro della collettività si son dominati interessi secondari (...)"

La soddisfazione dell'interesse collettivo primário si ottiene o com uma tutela diretta, independentemente da interessi secondari com esso eventualmente coincidenti, ovvero indirettamente, vale a dire mediante il soddisfacimento appunto degli interesse secondari coincidenti com l'interesse collettivo primário

L'interesse c. d. pubblico non è nient'altro che l'interesse collettivo primário, considerato como oggetto di diretta tutela dell'azione amministrativa, mentre l'interesse dell'amministrazione in quanto soggetto giuridico a sè stante, non rappresenta se non degli interessi secondari esistenti nel gruppo sociale.

Sui concetti di interesse collettivo primario e di interesse secondario (CARNELUTTI, Lezioni I, p. 15 segg.; PICCARDI, Sulla distinzione tra diritto e interesse, p. 125 segg. Apud ALESSI, R. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1953. p.151-152).

³⁴³ Ibid., p.152.

O conceito foi, e em muitos casos ainda é, de grande valia para a solução de muitas questões em que havia dificuldade de se identificar qual o interesse que o Estado deveria atender. No entanto, a doutrina, naturalmente, procurou uma evolução do conceito de interesse público, uma vez que ainda não se havia alcançado um conceito plenamente satisfatório. As tentativas foram inúmeras,³⁴⁴ de modo que se apresentarão apenas as de maior destaque.

Para CARLOS ARI SUNDFELD o conceito de interesse público pode ser definido em sentido mínimo e em sentido forte:

Quando o Direito atribuiu ao Estado o dever de cuidar de certo valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, que legitima a atuação estatal (interesse público em

³⁴⁴ LÚCIA VALLE FIGUEIREO pondera que o interesse público pode ter três conteúdos distintos, a saber: pré-jurídico; metajurídico ou jurídico-positivo. A conceituação da doutrinadora se dá sobre o prisma deste último conteúdo. Desta feita interesse público é “aquilo que a lei assim quis”. Seu conceito é: “Interesse público, dentro de um ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial.” (FIGUEIREDO, L. V. **Curso de Direito Administrativo**, 7ª ed. São Paulo: Malheiro, 2004. p. 35). Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO “O interesse público, legalmente definido como aquele que é posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade de sua ação, não é outro senão, em síntese, o interesse geral da sociedade, ou, preferindo-se, o bem comum, que, em sua acepção metajurídica, será inspiradora da ação política, que o definirá para cada sociedade e a cada tempo.” (MOREIRA NETO, D. de F. **Curso de direito administrativo**. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.14). Ainda, DIOGINES GASPARIINI “Interesse público é o que se refere a toda a sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro.” (GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16). Ainda, na doutrina estrangeira, interesse público conceitu-se como : Para AUSTÍN GORDILLO “El interés público no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundan en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad.(...) El interés público no es el interés de la administración pública. El interés público que debe protegerse y considerarse cuando se regula o analiza el funcionamiento de un servicio público, está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que “conviene” ala comunidad, en caso de ser “injusto”, no es un auténtico interés público’.”(GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Macchi, Parte General, 1991, t. 2. XIII – 18). Para RENÉ MARIO GOANE, “Interés proviene de interese, que significa la acción de discernir, entremediar, entre las ordenaciones de conductas y bienes, para determinar la acción de concreto la más apropiada para la obtención del fin. Y se trata de un interés público, vale decir, de un medio ordenado al bien común político una de cuyas características o propiedades es precisamente el ser público no privado por estar concernidos en él todos los miembros del estado. El interés público (...) se especifica en cada órgano supremo del Estado, acorde a la peculiaridad de su propia función.”.³⁴⁴ (RENÉ MARIO GOANE, Estado, bien común e interés público. In: **El Derecho Administrativo Argentino Hoy**. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p.36-48 E por fim, para HECTOR JORGE ESCOLA, “El interés público – de tal modo – es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.” (ESCOLA, H. J **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 235-264).

sentido mínimo)". Isso não significa a "prevalência desse valor sobre os outros, que com ele se choquem, pois algo pode ser sério o bastante para ensejar a atuação do Estado, mas não sê-lo a ponto de justificar o sacrifício de outros bens. Quando o direito consagra essa prevalência, pode-se falar em interesse público em sentido forte. Essa expressão serve para descrever a relação entre dois valores, um que prevalece (o interesse público forte) e o que se cede (o interesse simples).³⁴⁵

Para FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO, o interesse público consiste em interesses transindividuais (especiais e difusos).

*Os interesses especiais, na medida em que se revelem legitimados perante uma parcela da sociedade e encontrem eco nos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não podem ser desconsiderados como interesses públicos. A partir do momento em que revelem transcendentais aos interesses particularísticos dos atores sociais organizados, que os encampam, tais interesses passam a ser "interesses públicos consideráveis", devendo ser tomados em conta no processo decisório voltado à alocação de bens, direitos e oportunidades amealhados pela coletividade. Neste particular, parece-nos que a Administração Pública se revela necessária na mediação entre os interesses especiais. Será, porém, nos interesses difusos que mais relevante se põe o exercício do poder político. Efetivamente, na tutela desta classe de interesses públicos é que reside a principal razão de ser do poder político numa perspectiva hodierna. A principal parcela de interesses públicos que demanda a atuação efetiva do poder político cinge-se à tutela dos interesses difusos dotados de hipossuficiência.*³⁴⁶

Da evolução do conceito, nota-se que o interesse público consagrou-se como aquele interesse que representa o núcleo essencial da Constituição: os direitos fundamentais. Nesse sentido, tem se destacado o conceito de interesse público formulado por MARÇAL JUSTEN FILHO, o qual segue a tendência de constitucionalização do Direito através de uma filtragem da legislação infraconstitucional sob o prisma dos valores fundamentais.³⁴⁷ De acordo com o referido autor,

*O interesse público se perfaz com a satisfação de necessidades de segmentos da população, em um momento concreto, para realizar os valores fundamentais. O interesse público é o interesse da sociedade e da população, mas voltado à realização dos valores de mais elevada hierarquia.(...)Se o valor fundamental é a dignidade da pessoa humana, então interesse público não pode ser compreendido senão como a demanda de realização desse valor.*³⁴⁸

³⁴⁵ SUNDFELD, C. A. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. In: **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, nº 28, nov./dez., 2004. p.30-31.

³⁴⁶ MARQUES NETO, F. P. de A. **A Republicação do Estado e os Interesses Públicos**. Tese de doutoramento apresentada ao departamento de direito do Estado da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. p. 230.

³⁴⁷ A idéia de filtragem constitucional foi introduzida no direito brasileiro por CLÈMERSON MERLIN CLÈVE e tem como referencia da obra de PAULO SCHIER, A filtragem Constitucional...

³⁴⁸ JUSTEN FILHO, M. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. cit., p. 129-130. Para um maior aprofundamento das idéias do autor confira-se a obra, **Curso de Direito Administrativo**, 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36-47.

Nesse sentido, acrescenta o autor que “A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito, subordina-se, então, a um critério fundamental, anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.”³⁴⁹ Sobre a assertiva, esclarece GUSTAVO BINENBOJM que não se está a negar a importância do conceito de interesse público, mas apenas a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Para o autor o interesse público não é um princípio, uma vez que sempre prevalecerá, assim, “O problema teórico verdadeiro, para o direito administrativo, não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.”³⁵⁰

Dessa forma, defende que o interesse público tem uma configuração constitucional, pois reflete o interesse preponderante que se extrai dos conflitos entre os interesses difusos da coletividade e interesses individuais dos particulares. Assim, não se pode estabelecer a prevalência teórica antecipada de uns sobre outros porque

...as dimensões individuais e coletivas [de direitos fundamentais] convivem, lado a lado, no texto constitucional, impondo-se como paradigmas normativos a vincular a atuação do intérprete da Constituição. A despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja interesse público, conceito jurídico indeterminado por excelência, pode-se afirmar que a expressão aponta, em sentido lato, para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam atos medidas do Poder Público.³⁵¹

Para estabelecer o conceito de interesse público prevalente, portanto, será essencial a ponderação de valores em jogo, pois, somente como emprego da proporcionalidade seria possível atingir a legitimidade mínima requerida para a definição do melhor interesse público.³⁵² Sob esse aspecto, o autor afirma que “...mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação exige-se, hodiernamente, como um verdadeiro princípio formal do direito

³⁴⁹ Acerca da superação da supremacia do interesse público, confira-se a obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados – Desconstituindo a Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Org. Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

³⁵⁰ BINENBOJM, G. **Novos Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2006, 393 f. Tese. (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 117

³⁵¹ *Ibidi.*, p. 119.

³⁵² *Ibidi.*, p. 121.

(...) e de legitimação dos princípios embaixadores do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de Direito é um Estado de Ponderação.”³⁵³

Todas essas considerações feitas a propósito do interesse público são substratos para o intérprete definir o que de fato pode ser uma situação de excepcional interesse social apta a afastar, após um juízo de ponderação, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Assim, REGINA FERRARI, seguindo a linha do conceito de interesse público, ressalva que não se pode confundir razões do Estado com o “excepcional interesse social”. Ou seja, o STF é competente para tutelar as normas constitucionais, de modo que razões políticas não podem participar da ponderação de valores que precedem à possível restrição dos efeitos da inconstitucionalidade. Para a autora, não se pode admitir que “...se entenda como excepcional interesse social aquele que corresponde a valores políticos, ou seja, que decorra de considerações de ordem política, colocando, deste modo, em causa a fiscalização da constitucionalidade.”³⁵⁴

Portanto, para REGINA FERRARI, a expressão ‘excepcional interesse social’ adotada pela Lei nº. 9.868/99, tem seu fundamento na própria Constituição, de modo que não se confunde com interesses privados, mas busca salvaguardar os direitos fundamentais que possam ser violados com os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade.³⁵⁵ Desse modo, “...a premissa básica para a renúncia da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa encontra assento na verificação de que a limitação e seus efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição.”³⁵⁶

Vale anotar ainda, o alerta feito por LÊNIO STRECK ao indicar que pode o Estado ou a maioria política conjuntural esconder-se atrás do excepcional interesse social “...para dissimular as tentativas de imposição de suas representações e valorações partidárias sob a invocação, pretensamente neutral e objetiva, do interesse comum, do interesse público, do interesse de todos ou do interesse nacional.” Por isso, o excepcional interesse social deve ser reconhecido, definitivamente como uma representação genérica dos direitos fundamentais. Para

³⁵³ Ibidi, p. 124.

³⁵⁴ FERRARI, op. cit., p. 314.

³⁵⁵ Ibidi., p. 316.

³⁵⁶ Idi.

tanto, deverá ser feito pelo STF um ponderação extramente cautelosa, a fim de apreender os reais motivações de intervenção estatal e “...estabelecer quando o que está em causa é a prossecução de um bem igualmente digno de proteção jurídica, ou, ao invés, quando estamos perante a intenção de condicionar, restringir, ou desqualificar um exercício autônomo de liberdade individual em nome de valores particulares e relativos da autoridade estatal ou da maioria que conjunturalmente ocupa o poder.”³⁵⁷

4.3 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Muito se discute acerca da natureza da competência do Supremo Tribunal Federal para a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de um juízo vinculado à efetivação da ordem constitucional ou de uma competência destinada a concretizar uma política judiciária através de espaços de discricionariedade abertos pelo legislador? A questão é polêmica na doutrina e determinante para averiguar quais as razões que conduzirão a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que, como já referido acima, é possível apenas em casos de exceção.

A princípio, vale destacar a observação precisa de MAURO CAPPELLETTI ao admitir que “O controle judicial de constitucionalidade das leis é sempre destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração ‘política’ mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado.”³⁵⁸

A idéia de que o regime constitucional deve servir ao homem e as suas necessidades reais, nascidas nas mais diferentes circunstâncias da vida, conduziu a superação do positivismo ortodoxo implementado pela Revolução Francesa, época

³⁵⁷ STRECK, op. cit., p. 624.

³⁵⁸ CAPPELLETTI, op. cit., p. 114.

em que o juiz era tão somente a boca da lei, devendo julgar apenas *secundum leges*.³⁵⁹

Nesse sentido, RONALDO POLETTI entende que a experiência exigiu “...um controle mais efetivo, que transcende aos aspectos meramente formais para ser um controle material. Com substância política (politicidade), esse controle incide sobre o conteúdo da norma, visando transformá-la de acordo com o texto constitucional e também com seu espírito e sua filosofia, com os princípios, enfim, informadores de seu texto.”³⁶⁰

Ou seja, o papel do juiz já não é mais a de um mero aplicador da lei, como afirma KARL LARENZ “Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídica-estatal e da sua capacidade de funcionamento. (...) Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável.”³⁶¹

Assim, como ensina DANIEL SARMENTO, verifica-se que, no Direito Constitucional, em especial, esse espaço reconhecido ao Poder Judiciário para conformar a lei as peculiaridades da vida “...tende a se avolumar, seja pelo caráter aberto e principiológico que costuma caracterizar as normas inconstitucionais, seja pela natureza eminentemente política das questões que surgem nesta seara. Por isso na prestação da jurisdição constitucional, um certo grau de politização da justiça e de judicialização da política é natural e inevitável.”³⁶²

Nesse sentido, vale lembrar a constatação de LOURIVAL VILANOVA de que “...é através do poder que o direito e a justiça se efetivam . A politicidade é inerente

³⁵⁹ Acerca do relevante papel que pode ter Poder Judiciário politizado, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, defende: “Sou inclinado a pensar, por esse agregado de razões, que a denificação em prol da índole retroativa, que até hoje logrou prevalecer entre nós, não passe de mera opção política pretoriana, no melhor estilo *policy judge made* que informou a mentalidade judiciarista na Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 30, sob a presidência do Chief Justice Charles Hughes, e nos anos 50 e 60 sob a regência de Warren...Essa concepção instrumental da ordem jurídica presidida pela Constituição, que visualiza na interpretação e aplicação do direito, consoante levadas a efeitos pela outorga judicial da lei, uma técnica de acomodação da ordem jurídica às realidades e aos valores sociais emergentes, é o que permitiu, por mais de dois séculos, a paulatina transformação de sentido e alcance da Carta Política dos Estados Unidos da América, através do fenômeno conhecido por mutação constitucional, sabidamente distinto do da reforma formal da Constituição.” (Op. cit., p. 87-88).

³⁶⁰ POLETTI, op. cit., p. 68-69.

³⁶¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Caloute Gulbenkian, p.441.

³⁶² Op. cit., p. 133.

ao poder, mesmo ao mais despolítico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídicas-contensiosas.”³⁶³

Deve-se destacar, porém, que a afirmação de que um certo grau de politização da justiça é requisito para a efetivação da ordem jurídico-constitucional, não significa que o legislador tenha concedido ao juiz um espaço de discricionariedade, mesmo quando perante a conceitos jurídicos indeterminados, como é no caso do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99.

Entretanto, não foi bem assim que parte da doutrina recepcionou o instrumento infraconstitucional para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO defende que os requisitos materiais trazidos pelo artigo 27 – segurança jurídica e excepcional interesse social – denotam um caráter político para a Corte Constitucional, uma vez que atuam dentro de espaço próprios da conveniência e da oportunidade, chegando conclusão de que o Supremo Tribunal Federal se tornou desde então uma terceira Câmara o Poder Legislativo.³⁶⁴ Pelo mesmo prisma, ANDRÉ RAMOS TAVARES, observou que a faculdade do artigo 27 faz parte da esfera de discricionariedade do STF.³⁶⁵

Sob esse enfoque, destaca-se o posicionamento de LÊNIO STRECK, ao afirmar que conceder ao STF a competência para restringir os efeitos da inconstitucionalidade seria o mesmo que conceder ao Supremo um espaço de arbítrio para que possa dispor da constitucionalidade da lei. Dessa forma entende que a “...possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”³⁶⁶ enfraquece a forma normativa da Constituição, uma vez que a deixa à mercê de juízos discricionários.

Para HUGO DE BRITO MACHADO, a Lei nº. 9.898/99 autoriza decisões de efeito normativo, pois permite que através dos efeitos repressinatórios seja reintroduzido no ordenamento jurídico a norma havia sido afastada pela norma declarada inconstitucional. “Com isso, está claro que a decisão produz efeitos no

³⁶³ VILANOVA, L. A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**, nº. 57/58. fls. 39-59. jan./jun., 1981, p. 39.

³⁶⁴ Op. cit., p. 11.

³⁶⁵ Op. cit., p. 388

³⁶⁶ Op. cit., p.697.

plano da normatividade, isto é, no plano das prescrições jurídicas gerais e abstratas. Não se situa no plano da concreção, como as decisões de caráter jurisdicional, que resolvem conflitos instaurados no plano concreção do Direito.” Em outras palavras, a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a conformidade da lei com a Constituição, na via do controle concentrado, não é de natureza jurisdicional. “Nada tem com a concreção da norma. Não pode ser tida como atividade jurisdicional, eis que esta pressupõe um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito.” E complementa:

Dúvida, portanto, não pode haver de que decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, tem natureza de ato legislativo, porque seu objeto essencial é o direito norma, vale dizer, o Direito enquanto prescrição de cunho hipotético. Assim, os efeitos no tempo devem ser submetidos ao mesmo regime jurídico da produção normativa, vale fazer, efeitos para o futuro e só excepcionalmente retroativos, não sendo admissível nessa retroação excepcional, qualquer detrimento para o valor segurança jurídica que termina por favorecer o arbítrio estatal contra o cidadão.³⁶⁷

Por outro lado, DANIEL SARMENTO, enfatiza que o fato de o Poder Judiciário não deve desconsiderar os efeitos concretos de suas decisões. Assim, o autor ressalta que “o Direito é um disciplina essencialmente pragmática, e existe para equacionar e resolver, de forma mais justa possível, os problemas concretos surgidos em uma sociedade.”³⁶⁸ Na seqüência, trata de advertir que

Com essa afirmação não se pretende advogar a perigosa tese de que seja lícito ao juiz constitucional decidir conflitos com base em valorações políticas discricionárias e opacas, calcadas exclusivamente no seu senso pessoal de justiça. No Estado de Direito, as decisões judiciais são atos de aplicação da ordem jurídico-constitucional, e não pura manifestação da vontade arbitrária das autoridades investidas no poder estatal de dizer o direito. Dentro da *rule of law* não há lugar para oráculos e decisionismos. Contudo, na tarefa de apreciar os fatos e interpretar as normas, haverá sempre um espaço, maior ou menor, para a subjetividade do intérprete – que é um homem historicamente situado, e não uma máquina fria e impessoal.³⁶⁹

Por esse prisma, evidentemente, não é discricionária a atividade que o STF desenvolve no exercício da regra do artigo 27. O Supremo tem competência vinculada à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando presentes as razões para tanto, bem como o dever de se abster de tal limitação quando faltar motivo justificável. Por isso GILMAR FERREIRA MENDES, frisa que a competência outorgada pelo artigo 27 é a aplicação concreta de conceitos

³⁶⁷ MACHADO, H. B. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal..., p. 86.

³⁶⁸ Op. cit., p. 132.

³⁶⁹ Ibid., p. 132-133.

indeterminados - segurança jurídica e excepcional interesse social - e não uma como atividade propriamente discricionária.³⁷⁰

Sob o mesmo ponto de vista, RUI MEDEIROS complementa que “...o poder de limitação do efeitos não constitui um poder político do Tribunal Constitucional de que ele possa, livremente, lançar mão, mas antes uma competência que, verificados os pressupostos que se extraem da disposição constitucional, deve ser exercida por qualquer um dos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade...”³⁷¹ Em suma, para o autor lusitano “...verificados os pressupostos respectivos, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um dever ou uma obrigação a que o Tribunal Constitucional não se pode furtar.”³⁷²

JORGE MIRANDA esclarece ainda que ao julgar o Tribunal Constitucional decide sempre uma questão de ordem jurídica, ou seja, a constitucionalidade. Embora, possa decorrer de sua decisão conseqüências políticas, “...o Tribunal não define ou persegue o interesse público (ou um interesse público primário) como órgão de função política, nem sequer faz interpretação autêntica da Constituição.”³⁷³ Ainda para fundamentar que o Tribunal atua dentro do campo da juridicidade, o autor explica que

Por isso se escreve que a anulação de uma norma com fundamento de violação de outra é diferente da revogação: esta é um acto de decisão – opção desvinculada (é ato de oportunidade) e a anulação é, em princípio, acto vinculado normativamente, é juízo normativo estrito. Ou que o acórdão com força obrigatória geral surge no exercício da jurisdição, entendida no seu sentido próprio e substancial. Ou que o Tribunal Constitucional é *controlador* de normas, não *co-produtor* de normas jurídicas”.³⁷⁴

O mesmo entendimento é compartilhado por CANOTILHO e VITAL MOREIRA, quando explicam que a permissão para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, possibilita que o Tribunal Constitucional exerça “...poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos

³⁷⁰ MENDES, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade Como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade...p. 440.

³⁷¹ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade...p. 695, apud FISCHER, op. cit., p. 2003.

³⁷² MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade...p. 736-737, apud FISCHER, Otavio Campos, op. cit., p. 203

³⁷³ MIRANDA, J. Os Tipos de Decisões na Fiscalização de Constitucionalidade, **Interesse Público**. Notadez, Ano 5, n. 18 março/abril, Porto Alegre. 2003, p.40.

³⁷⁴ *Idi.*

objectivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo).³⁷⁵

A competência conferida ao STF para averiguar a presença desses requisitos, não significa dizer que o legislador concedeu um espaço de absoluta para o Supremo concretizá-los. Assim, para a decisão ser legítima, ou seja, para que o STF atue dentro de sua esfera de competência é essencial que, como em qualquer outra decisão, exista uma fundamentação pertinente. Para DANIEL SARMENTO a restrição dos efeitos ser legítima é

muito importante a fundamentação do julgado, que deverá buscar o convencimento e a adesão racional de um auditório universal (Perelman), formado tendencialmente por toda uma sociedade aberta de interpretes da Constituição (Härbele). A crítica pública da comunidade jurídica, dos meios de comunicação e de toda a sociedade em geral, deverá representar um controle, ainda que no sentido 'fraco' do termo, sobre o exercício da nova competência deferida ao Supremo.³⁷⁶

Conclui-se, portanto, que ao analisar a presença dos requisitos materiais do artigo 27, não está o STF atuando em uma área ilimitada, típica do exercício da função legislativa, mas muito pelo contrário, encontra-se absolutamente vinculado a averiguação da situação excepcional indicada pelos requisitos segurança jurídica e excepcional interesse social. Por outro lado, não se pode negar que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade manifesta o exercício de um poder, que como todo poder, tem como característica um juízo político. O que não se pode perder de vista é, como ensina LUÍS ROBETO BARROSO que

a perspectiva de aumentar a responsabilidade política dos juízes e tribunais tem de estar, necessariamente associada a uma adequada infra-estrutura administrativa da Justiça e instituições auxiliares com o aparelhamento tecnológico dos organismos judiciários e a dotação de recursos para o aperfeiçoamento técnico e atualização de seus membros. (...) Torna-se necessários, desse modo, superar os fatores adversos que costumam pôr em risco a efetividade das nova Carta, como a previsível reação dos interesses contrariados ou a “pura e simples indolência mental”, que em interpretação retrospectiva, lê o novo texto com espírito nostálgico, sem o ímpeto de buscar novas soluções.³⁷⁷

³⁷⁵ CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V. **A Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª. ed.Coimbra: Coimbra Editora. 1993, p. 1042.

³⁷⁶ SARMENTO, op. cit., p 127.

³⁷⁷ BARROSO, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** p. 126.

4.4. OS EFEITOS NO PLANO NORMATIVO E NO PLANO NORMADO

Em sede de controle de constitucionalidade abstrato é fundamental diferenciar os efeitos produzidos no plano abstrato da norma - sua integração com o ordenamento jurídico — isto é, os efeitos gerados no plano normativo; e os efeitos que serão verificados no plano concreto — da aplicação da norma -, ou seja, os efeitos gerados no plano normativo. LUÍS ROBERTO BARROSO distingue os dois planos explicando que

a decisão do Supremo Tribunal Federal que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos imediatos no plano normativo: atuando como legislador negativo, o Tribunal priva a lei de eficácia e aplicabilidade. Distinto é o plano das situações concretas já constituídas em decorrência de atos jurídicos individuais, tanto entre privados como os que envolvem o Poder Público. É certo que também essas relações deverão sofrer os reflexos da decisão, mas se impõe certas cautelas e temperamentos.³⁷⁸

Nesse sentido, LÚCIO BITTENCOURT ressalta que a “...doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário.”³⁷⁹ Enquanto GILMAR FERREIRA MENDES adverte que “...não seria justo e razoável, depois de anos a fio de vigência imperativa da norma, que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pudesse nulificar todos os efeitos dela decorrentes, o que, é facilmente possível no campo normativo é impossível no campo das relações sociais concretas.”³⁸⁰

Percebe-se, pois, que não se pode admitir que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na via de controle abstrato das normas reflitam diretamente nos casos concretos que regulamenta. É essa, justamente, a lição de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE:

Os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo. Por isso, os atos singulares praticados com fundamento direto na lei reputada inconstitucional, não são automaticamente desconstituídos pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Os efeitos dessa sentença, reintera-se, repousam no plano da norma e não no plano do fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado sob seu fundamento.³⁸¹

³⁷⁸ **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...** p. 192.

³⁷⁹ Op. cit., p. 148.

³⁸⁰ **Jurisdição Constitucional...**p. 324.

³⁸¹ CLÈVE, op. cit., Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e sobre os atos singulares praticados sob a sua égide...p.103.

Ainda, de acordo com o referido autor, todos os atos singulares praticados pelo Poder Público que foram considerados legítimos com fundamento em lei inconstitucional, deverão, após a decisão do Supremo em sede de controle abstrato, ser invalidados de ofício se acarretarem em uma “situação ou posição jurídica de vantagem”³⁸² conferida ao particular ou ao servidor. Como exemplo dessa situação, o autor traz a hipótese de servidor público nomeado em virtude de lei inconstitucional, ressaltando que nesse caso é imprescindível a instauração de um devido processo administrativo que, em prestígio dos direitos fundamentais, conceda espaço para o exercício da ampla defesa e do contraditório de todos que forem afetados pela invalidação do ato.

No mesmo sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO, defende que “Em múltiplas hipóteses, os efeitos da decisão abstrata sobre o plano concreto deverão produzir-se por mero ato de ofício da autoridade administrativa.”³⁸³ Exemplifica o autor com o caso em que declarada inconstitucionalidade de lei instituidora de um tributo, além do Estado ficar impedido de continuar a cobrança, deverá invalidar todos os atos de infração pendentes que se haviam fundado na norma rejeitada. Destaca, no entanto, que seria razoável a restituição dos valores já pagos aos cofres públicos, ainda que indevidamente, seja feita após a comprovação do pagamento do referido tributo e de pedido administrativo do contribuinte. Complementa o autor que

o desfazimento das relações constituídas com base no ato considerado inválido exige um devido processo legal, administrativo ou judicial. Um contrato que vigore de longa data entre particulares ou uma relação entre administrado e Administração no qual o primeiro já tenha cumprido a sua parte na obrigação podem conter elementos que imponham temperamento a sua desconstituição sumária. À parte afetada tocará o direito subjetivo de procurar demonstrar que, na hipótese, deverá ser resguardada sua boa-fé, ou prevalecer o princípio da segurança jurídica, ou ser impedido o enriquecimento ilícito, dentre outros argumentos.³⁸⁴

GILMAR FERREIRA MENDES lembra que a doutrina pátria ainda não se manifestou quanto à obrigatoriedade ou não de a Administração Pública, independentemente de qualquer iniciativa dos interessados, de proceder à revisão dos atos praticados com base na lei inconstitucional. De acordo com o autor, na ordem jurídica brasileira, diante da ausência de uma disciplina geral sobre o direito-dever de revogar ou anular os atos administrativos, ou sobre o prazo dentro do qual

³⁸² *Idi.*

³⁸³ **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...** p. 192.

³⁸⁴ *Idi.*

isso possa ocorrer, “...afigura-se difícil afirmar com segurança, o dever do Poder Público de anular todos os atos praticados com base na lei inconstitucional.”³⁸⁵

Nesse sentido, o autor até chega a sugerir que poderiam ser aplicados, analogicamente, os prazos prescricionais, de modo que Administração teria o dever de revisar apenas os atos ainda suscetíveis de impugnação na via judicial. Além disso, defender que a concessão do efeito vinculante à decisão de inconstitucionalidade imporia esse *dever de desfazimento* dos atos suscetíveis de revisão.

Outra questão trazida pelo mesmo autor, refere-se à possibilidade de o legislador dispor sobre as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede abstrata nas relações jurídicas concretas. Ou seja, se seria possível, em determinados casos, o legislador afastar a aplicação das formas de preclusão a fim de equiparar a situação jurídica daqueles que se beneficiaram com a incidência da lei inconstitucional no plano singular e, daqueles outros que, por razões diversas, não tenham conseguido o mesmo resultado. O responde a sua própria questão argumentando que:

Considerando que o sistema não repudia a lei retroativa, mas, tão-somente, aquela que afeta o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, é de admitir como legítima proposta no sentido de estender os benefícios da declaração de inconstitucionalidade a todos aqueles, que por razões, várias, foram atingidos pela aplicação da lei posteriormente declarada inconstitucional. Da mesma forma, embora não se vislumbre para a Administração um dever jurídico de rever com efeito retroativo os atos não mais suscetíveis de impugnação, poderá ela, se possível, fazê-lo sem cometer qualquer ilegalidade.³⁸⁶

Em suma, quanto à separação dos efeitos do plano normativo e dos efeitos do plano normado, GILMAR FERREIRA MENDES conclui que, ressalvada a ampla aceitação da teoria da nulidade, deve-se conceder “proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre os efeitos da decisão no *plano normativo* (normebene) e no *plano do ato* singular (einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas *fórmulas de preclusão*.”³⁸⁷ Assim os atos que não são suscetíveis à revisão não podem ser alcançados pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

³⁸⁵ **Jurisdição, Constitucional...**, p. 335.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 335.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 334.

O problema, no entanto, é objeto de muita reflexão da doutrina, a qual reconhece que, na prática, a questão é muito mais problemática do que pode parecer, pois como assevera CARMÉM LÚCIA ANTUNES ROCHA:

... posto o problema da declaração de inconstitucionalidade, não se pode deixar de considerar a impossibilidade de alegação correta sobre direitos nascidos em ato que não é direito. (...) Nem sempre o simples e fulminante reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei significa que o igual e violento resultado de sua declaração com a subsequente declaração de invalidade de seus efeitos configura a melhor solução de justiça.³⁸⁸

Nesse sentido, FISCHER lembra que algumas situações jurídicas já consolidadas não podem ser reformadas em consequência do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade por impedimento imposto pelo próprio ordenamento. Refere-se o autor as mais conhecidas fórmulas de preclusão: a coisa julgada, a prescrição e a decadência. São essas, nas palavras do autor, “...situações em que o tempo (elemento de extrema importância para o direito) impõe um obstáculo à sua revisão, porquanto são respaldadas por relevantes princípios constitucionais como o da segurança jurídica.”

Nesse ponto, vale trazer a precisa observação do autor, ao anotar que, diante dessas fórmulas de preclusão, não nos encontramos mais dentro do campo da manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois esses continuarão sendo *ex tunc*, sendo limitados apenas incidir algum outro valor constitucional.³⁸⁹ Nesse sentido, explica o autor que

“...a partir do momento em que abrimos o mundo normativo para o mundo fático, corremos o sério risco de perder a racionalidade jurídica de nossa análise em meio à complexa teia de valores e interesses envolvidos nessas questões; o que, por exemplo, que se leve à última instância a idéia de que tais efeitos não poderiam sobrepor-se ao princípio da boa-fé. Portanto, é necessário que encontremos um ponto de equilíbrio para a análise dos problemas gerados pelo conflito entre uma decisão de inconstitucionalidade com efeitos ‘ex tunc’ e a existência de situações já consolidadas e que são protegidas por outros valores constitucionais.”³⁹⁰

Assim, como adverte RONALDO POLETTI, as consequências decorrentes da nulidade da lei inconstitucional não podem ser solucionadas em prejuízo dos fundamentos do controle de constitucionalidade. Caberá ao juiz que reconhecer a nulidade da lei ponderar suas implicações diante de valores constitucionais como a segurança jurídica e a paz social, de modo que “...os efeitos da declaração de

³⁸⁸ Op. cit., p. 153

³⁸⁹ Op. cit., p. 214.

³⁹⁰ Ibid., p. 213.

nulidade não provoquem prejuízos a justiça.³⁹¹ A mesma lição pode-se retirar das palavras de REGINA FERRARI:

A atividade judicial demanda sempre uma valoração dentro da obediência das normas positivas, e se a finalidade do Direito é a justiça e o bem-estar social que se obtém pela caracterização da certeza do direito justo, o elaborar a sua individualização só pode obedecer a certos limites, os quais são estabelecidos pelo seu fim supremo, vale dizer, a atividade judicial devem encontrar a solução justa e razoável para os casos concretos, com vista a tornar o mais eficaz possível a realização dos fins do direito.³⁹²

Assim, a decisão judicial deverá ser sempre precedida de um juízo de ponderação capaz de apontar os efeitos que dela podem advir, “...considerando que os conflitos ou desajustes que de momento possam parecer resolvidos, podem converter-se em fontes de males maiores que aqueles que se quis resolver. Evitar que uma resolução aparentemente satisfatória venha a dar margem para problemas mais graves, é dever as justiça”.³⁹³

Vale lembrar que, conforme ensina CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, o controle concentrado normas através da ADI produz efeitos no plano normativo, pois, com no exercício de uma atividade legislativa negativa, retira a norma viciada do ordenamento com efeitos *ex tunc* e protege a supremacia, a unidade e a harmonia da ordem constitucional. Complementa o autor que, “A decisão, todavia, porque não trata dos efeitos concretos virtualmente produzidos e, ainda, porque ignora a natureza das relações que nasceram sob égide da lei fulminada, não é suficiente para desconstituir, automaticamente, por si só, as situações jurídicas de vantagem eventualmente instauradas.”³⁹⁴

Para concluir, destaca-se que, de acordo com FISCHER, a restrição dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade deve ser feita mediante ponderação, todavia, “...não temos como precisar efetivamente e de antemão, quais as situações em que será necessário um temperamento, em nível fático, da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade com efeitos ‘ex tunc’.”³⁹⁵

A ponderação prévia é fundamental porque os valores constitucionais em conflito variarão de acordo com cada situação, bem como com as peculiaridades de

³⁹¹ Op. cit., p. 128-129.

³⁹² Op. cit., p. 322.

³⁹³ Id.

³⁹⁴ CLÈVE, op. cit., Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e sobre os atos singulares praticados sob a sua égide...p. 100.

³⁹⁵ Op. cit., p. 212.

cada ramo do direito. Nesse sentido o reputado autor afirma que “...no direito tributário há especificidades em relação a essa matéria que não encontra paralelo no direito civil ou no direito penal e vice-versa.”

4.5 A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORIAS EM VISTA DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é o instrumento mais poderoso que a ordem jurídica dispõe para a tutela dos direitos fundamentais, uma vez que esses nascem do trabalho do constituinte originário, não podendo ficar à mercê do legislador.

Por essas razões, GILMAR FERREIRA MENDES enfatiza que “...a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficaram, de fato, à mercê da vontade do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias.”³⁹⁶

Partindo-se da premissa dessa premissa, afirma POLETTI que “...o controle de constitucionalidade das leis deve ser cada vez mais efetivo, superando aspectos formais para ser um controle verdadeiramente material.”³⁹⁷ Ou seja, o controle de constitucionalidade deve vislumbrar, essencialmente, a compatibilidade do conteúdo da norma com em apreço com o espírito da Constituição. – que é a pautado pela dignidade da pessoa humana.

Diante dessa gigantesca responsabilidade que recai sobre os órgãos que atuam na jurisdição constitucional, é mister a criatividade dos interpretes da Constituição atue no sentido de desenvolver técnicas de decisão que tutelem os direitos fundamentais em sua plenitude, concretizando assim a vontade constitucional.

Acredita-se que esse foi o intuito do legislador ao permitir que, através da regra do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, sejam manipulados os efeitos temporais das

³⁹⁶ MENDES, G. F. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem pronuncia de nulidade..., p.333.

³⁹⁷ Op. cit., p.69.

sentenças proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato. Assim, elegeram-se dois conceitos indeterminados — segurança jurídica e excepcional interesse social — que por certo podem resguardar inúmeras situações em a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* se caracterizaria como uma afronta aos direitos fundamentais. Sob esse mesmo enfoque, EDUARDO TALAMINI observou que “o art. 27 é uma leitura conforme à Constituição que pretende apenas ressaltar os seus valores fundamentais.”³⁹⁸

Por essa razão, indica-se que o dispositivo apenas explicita a necessidade de aplicar o princípio da proporcionalidade para definir qual efeito da declaração de inconstitucionalidade será mais adequado para os valores constitucionais.

Ou seja, se em determinado caso será mais ofensivo aos direitos fundamentais declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. Caberá ao Supremo ponderar se, em certas hipóteses, os direitos que justificam a atribuições de efeitos *ex tunc* não deverão ceder perante outros valores constitucionais também relevantes, como a dignidade da pessoa humana, boa-fé, isonomia e etc. — que reclamam tutela em nome da segurança jurídica ou do excepcional interesse social.

Tendo em vista essa maleabilidade dos efeitos, EDUARDO TALAMINI explica que o art. 27 — “...ao contrário do que possa parecer — confere maior operacionalidade ao sistema de controle abstrato.” O que se verifica pela construção de uma Constituição mais efetiva.³⁹⁹

Vale lembrar ainda que, como já se destacou acima, a forma de condução do trabalho do STF assumirá extrema relevância para a que o art. 27 seja de fato uma conquista para a tutela dos direitos fundamentais e para a normatividade constitucional. Deverá o Supremo pautar-se pela estrita juridicidade em prol da garantia desses valores fundamentais, refutando qualquer argumento que possa conduzir a uma decisão de cunho político. A Constituição, os métodos de interpretação e as técnicas de decisões desenvolvidas para a jurisdição constitucional são tão ricas em possibilidades que não se pode admitir que se decida à margem ordem jurídica.

³⁹⁸ TALAMINI, E. **A Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 443.

³⁹⁹ *Ibidi.*, p. 439.

Nesse sentido, JORGE REIS NOVAES, adverte que é essencial que a efetivação dos direitos fundamentais em colisão seja resolvida sempre através da ponderação de valores, pois, do contrário “...se reabre um caminho em que a segurança e a previsibilidade próprias da aplicação da norma jurídica, como são as que garantem os direitos fundamentais, correm o risco de se ver substituídas por puro subjetivismo e intuicionismo dos aplicadores do direito.”⁴⁰⁰ Ressalta o constitucionalista lusitano que a força normativa dos direitos constitucionais

... exige uma estruturação dos procedimentos de ponderação de bens em ordem à construção de um modelo de controle das restrições e intersubjetivamente acessível, por sua vez, a aplicação de normas de direitos fundamentais, que enquanto garantias jurídicas não podem prescindir de uma combinação de ponderação de bens como o recurso aos procedimentos clássicos de interpretação e aplicação das normas jurídicas.⁴⁰¹

Seguindo tal orientação a doutrina pátria reconhece que a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pressupõe uma tarefa prévia de apreciação das normas que deverá ser guiada pelo princípio da proporcionalidade, o qual conforme orienta GILMAR FERREIRA MENDES deve ser aplicado em seu sentido estrito, “...como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade) tendo em vista o confronto entre os interesse afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seria eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade”⁴⁰²

Com uma visão um pouco mais ampla acerca das possibilidades de interpretação feitas em sede de jurisdição constitucional, LUÍS ROBETO BARROSO destaca que além da proporcionalidade, a interpretação deve atender a todos os princípios constitucionais em jogo. Admite, no entanto, que superação do positivismo jurídico que se extrai das fórmulas de interpretação principiológica podem conduzir à uma maior insegurança, mas que em contrapartida proporcionam resultados que exaltaram valores sagrados como a justiça. Tal proposição, de absoluta vanguarda, merece ser conferida nas palavras do próprio autor:

Com o refluxo do positivismo – normativistas, historicistas e sociológicos – os princípios jurídicos deram nova configuração ao quadro teórico do pós-positivismo, introduzindo ou aprofundando conceitos como os de ponderação, razoabilidade, igualdade e subsidiariedade, dentre outros. A interpretação constitucional, ao servir-se dos limites e

⁴⁰⁰ NOVAES, J. R. **As restrições dos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 627.

⁴⁰¹ *Ibidi.*, p.628.

⁴⁰² **Jurisdição Constitucional...** p. 395.

possibilidades oferecidos pelos princípios, para a busca da solução justa no caso concreto, amplia o poder de criação e a subjetividade do intérprete. Perde-se assim, em previsibilidade e certeza das decisões embora a norma escrita sempre permaneça como um parâmetro objetivo, demarcando as fronteiras de atuação. Mas o que se sacrifica, eventualmente, em segurança, é devolvido com lucro na melhor realização da justiça constitucional.”⁴⁰³

A posição, entretanto, encontra fortes resistências.

Saltando para um outro extremo da questão, encontram-se manifestações mais cautelosas. Para POLETTI, por exemplo, as conseqüências dos efeitos emanados da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade não podem ser resolvidos em prejuízo da dogmática do controle de constitucionalidade. Assim, entende que os efeitos da inconstitucionalidade somente poderão ser manipulados quando a própria ordem jurídica apresentar limites para sua extensão temporal. Desse modo, explica que “...categorias jurídicas como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocado pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz social e etc. (...) devem ser utilizadas, e certamente acontece, pelos Tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa administração da justiça.”⁴⁰⁴

Nesse sentido, CANOTILHO indica que na Constituição Portuguesa há uma proteção constitucional da retroatividade quando trata-se de leis penais, leis restritivas de direitos de liberdades e garantias do cidadão e leis fiscais.⁴⁰⁵ Ainda, para JORGE MIRANDA, os limites absolutos à restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *ex tunc*, são os próprios princípios fundamentais.⁴⁰⁶ Assim, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não poderiam ser restringidos a) durante Estado de Sítio; b) quando a restrição violasse o princípio da igualdade; c) quando diferir para o futuro a produção de efeitos - uma vez que isso feriria o princípio da constitucionalidade - e, por fim, d) não poderia ocorrer limitação aos efeitos quando os atos normativos forem juridicamente inexistentes.⁴⁰⁷

Nota-se que todos esses posicionamentos têm em comum a referência a valores que na ordem jurídica assumem a forma de princípios, não se afastando muito do entendimento de LUÍS ROBERTO BARROSO acima esposado. A certeza

⁴⁰³ BARROSO, A Segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo... p. 69.

⁴⁰⁴ Op. cit., p. 119.

⁴⁰⁵ Op. cit., p. 260.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 270.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 267.

do direito, de garantias de liberdade e igualdade, citados pelos autores, operam na ordem jurídica como princípios e não como regras⁴⁰⁸, motivo pelo qual quando empregados para manipular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade deverão utilizar-se sempre do princípio instrumental da proporcionalidade.

Não restam dúvidas, portanto, que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade não se restringe a uma abstração dos conceitos de segurança jurídica ou excepcional interesse público. Muito além disso, como técnica de decisão do controle de constitucionalidade deve ter em vista a tutela dos direitos fundamentais, os quais, como ensina JORGE REIS NOVAES, em grande parte, possuem uma estrutura aberta, “a sua natureza de princípios e a sua dimensão objetiva enquanto valores que se impõe vinculativamente à observância de todos os Poderes constituídos e irradiam, enquanto tal, a toda a ordem jurídica, colocando, por definição, a metodologia da ponderação de bens no *coração* da dogmática dos direitos fundamentais.”⁴⁰⁹

Em última análise, dever-se afirmar que o art. 27 é, ao mesmo tempo, perigoso e precioso. Ao passo que pode dar margens à arbitrariedade e politização da justiça, também pode se configurar como um instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Como alerta CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, o país precisa de “uma

⁴⁰⁸ Acerca da diferença entre regras e princípios, LUÍS ROBERTO BARROSO, faz um resumo de grande utilidade - “A teoria dos princípios, fundada na distinção qualitativa entre regras e princípios, é um dos pilares da moderna dogmática constitucional. Desenvolvida e sistematizada por RONALD DWORKIN (Tankig rights seriously, 1977) e Robert Alexy (Teoria de los derechos fundamentales, 1997), pode ser sumariamente resumida nas idéias abaixo. Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra de incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese do fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção. Princípios contêm, normalmente, maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não deve ser posta em termos de tudo ou nada, de invalidade ou validade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer suas escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação dos princípios se dá preliminarmente, mediante ponderação. (Ponderação de interesses ou ponderação de valores é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro..., p. 191).

⁴⁰⁹ NOVAES, op. cit., p. 626

dogmática constitucional mais agressiva, comprometida até a raiz com a dignidade da pessoa humana (dogmática constitucional emancipatória) embora sempre conseqüente e absolutamente responsável.”⁴¹⁰ Nesse sentido, acredita-se que o artigo 27 pode ser um meio eficaz para aumentar a efetividade da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, deve-se ter claro que o a manipulação dos efeitos de inconstitucionalidade somente será uma técnica de decisão compatível com os fins a que se propõe o controle de constitucionalidade se for utilizada com um único objetivo: garantir - através da ponderação dos valores constitucionais em conflito - que direitos fundamentais não serão violados em decorrência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

4.5.1 CASOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária podem ser estudados a partir de dois pontos de vista: o do contribuinte e da Fazenda Pública.

Para o contribuinte a declaração de inconstitucionalidade não pode ter efeitos retroativos quando implicar prejuízo. Nesse sentido, REINALDO RIVERA defende que a “...decisão judicial que declarada a inconstitucionalidade não deve torna-se refém da retroatividade, deve-se, pois, analisar o caso concreto, com base na razoabilidade, em vistas à preservação do Estado Democrático.”⁴¹¹

Assim, ensina FISCHER que, nesse caso, a doutrina defende que também não pode ser exigido do contribuinte as diferenças de valores impostos pela lei represtinada. Ou seja, sempre que a declaração de inconstitucionalidade implicar aumento da carga tributária, não se poderá exigir do contribuinte o pagamento da compensação da diferença desde a data da lei represtinada, de modo que a declaração produzirá apenas efeitos *ex nunc*.⁴¹²

⁴¹⁰ CLÉVE, **A Fiscalização da Constitucionalidade das leis** ...p. 270.

⁴¹¹ RIVERA. Reinaldo Chaves. Ação direta de Inconstitucionalidade – efeitos – a cobrança de contribuição previdenciária dos agroindustriais. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº. 32, 1988, p. 69.

⁴¹² Op. cit, p. 215

Em síntese, quer-se dizer que o contribuinte não pode sofrer um agravamento retroativo de sua situação tributária em razão de um erro (inconstitucionalidade) causado por ato próprio e exclusivo do poder público. Temos aí respaldo do princípio da boa-fé, da segurança jurídica e da irretroatividade das normas em caso de aumento de tributo, o que leva a um temperamento da retroatividade das decisões de inconstitucionalidade.⁴¹³

Ainda, outra garantia do contribuinte em matéria tributária que assume notável relevância é o princípio da anterioridade tributária. Não raro constata o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade. Assim, chegou-se até mesmo a formular orientação no sentido de que “é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro” – Súmula nº. 67.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, da qual resulta o estabelecimento da norma mais gravosa para o contribuinte, lesiona a segurança jurídica da mesma forma com que faz as leis retroativas criando ou majorando tributos. Assim, entende HUGO DE BRITO MACHADO que “...a segurança jurídica como se passa a demonstrar, somente será preservada enquanto houver a garantia da irretroatividade das leis e demais atos normativos, como princípio, posto que a irretroatividade garantidora dos direitos faz parte da própria essencial do jurídico.”⁴¹⁴

Por outro lado, quando declarada inconstitucional uma norma tributária a Fazenda Pública deverá restituir o montante pago indevidamente. De acordo com BUSTAMANE essa imposição decorre do princípio constitucional da proporcionalidade, pois nunca poderá um inconstitucional prevalecer sobre o legítimo direito individual de não ser tributado senão em virtude de lei válida. Por essa razão entende que “...o direito à restituição dos tributos inconstitucionais será sempre tutelada pela ordem jurídica, o que implicará na inaplicabilidade do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 no controle de constitucionalidade das leis tributárias.”⁴¹⁵

Para o referido autor, percebe-se claramente que essa é uma situação em que o interesse público primário prevalece de modo absoluto sobre o interesse secundário do Estado, uma vez que nem as razões de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 podem suprimir um

⁴¹³ Ibid., p. 216.

⁴¹⁴ MACHADO, H. B. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal...p. 80.

⁴¹⁵ BUSTAMANE, T. da R. A Lei nº9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética. nº 59. ago., 2000. p. 116.

direito individual em prol do interesse da Administração. Assim, no conflito instaurado entre o interesse do cidadão de ver desconstituído os atos praticados em violação ao seu direito fundamental de propriedade, e o interesse do Estado de arrecadar com base em atos arbitrários, deve sempre prevalecer o primeiro.

Além disso, destaca o autor que a produção de efeitos *ex nunc* a norma inconstitucional caracterizaria uma verdadeira afronta ao princípio constitucional do não confisco – art. 150, inc. IV e conclui que “...o princípio da efetividade das normas constitucionais impõe o direito à restituição dos tributos cuja norma instituidora se encontre maculada pelo vício da ilegitimidade constitucional, sob pena do desmoronamento do Sistema Constitucional Tributário, que cria autênticos limites ao Poder de Tributar.”⁴¹⁶

Entretanto, FISCHER vê com ressalva a proposição de uma ponderação de valores que terá sempre um resultado absoluto, qual seja o dever do Estado de ressarcir o contribuinte pela cobrança de tributos fundados em lei inconstitucional. Conforme adverte, deve-se sempre, nesses casos, trabalhar nos limites a reserva do possível, uma vez que o tempo e as saúde financeira do Estado podem inviabilizar a restituição.

Desse modo, com fundamento em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social poderia o direito à restituição ser negado ao contribuinte. No entanto, para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sejam *ex nunc* deve-se estar perante uma situação extremada e caberá ao Estado comprovar que a restituição é impossível. Nesse sentido, destaca que “a relação fisco contribuinte é complexa e não homogênea. Em certos espaços há garantias do contribuinte que o fisco não pode ultrapassar, e, em outros, garantias ao Fisco para que melhor possa perseguir o interesse público.”⁴¹⁷

Ressalta-se ainda que mesmo fosse a declaração *ex tunc*, com o dever de restituição, haveria limites que impediriam a devolução dos valores pagos inconstitucionalmente, tais como a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico

⁴¹⁶ BUSTAMANTE, A Lei nº9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário...p. 118.

⁴¹⁷ Op. cit., p. 220.

perfeito, a prescrição e a decadência.⁴¹⁸ Vale lembrar ainda que, como destaca CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a declaração de inconstitucionalidade de cobrança de imposto deve ter seus efeitos compatíveis com o princípio da proibição do enriquecimento sem causa parece constituir-se em mais um limite, tanto em favor da Administração Pública como do particular.⁴¹⁹

4.5.2 A POLÊMICA ACERCA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A formação da coisa julgada é uma característica essencial do Estado de Direito, uma vez que concretiza o princípio da segurança jurídica. Ademais, como observa EDUARDO TALAMINI, "...a segurança jurídica e a racionalidade (eficiência) da atuação estatal – que justificam, em princípio, a rejeição à dupla atuação sobre o mesmo objeto – são fatores de **interesse público**. Nesse sentido, além de garantia individual, a coisa julgada funciona como *garantia institucional*."⁴²⁰

Assim, diante da possibilidade de manipular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, questiona-se se seria possível rever uma decisão fundada em lei que posteriormente veio a ser declarada inconstitucional - quando já não cabia mais ação rescisória e não fosse o caso de oferecimento de embargos do devedor (art. 741 § único do CPC).

Em regra, a resposta é negativa, ou seja, a coisa julgada inconstitucional deve ser preservada em nome da segurança jurídica. Porém, o dilema da desconstituição da coisa julgada agrava-se diante do art. 27, uma vez que se terá de um lado o direito fundamental à manutenção da coisa julgada, e de outro, razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, as quais, como já se indicou, assumem o conteúdo de um direito fundamental.

A problemática dos casos julgados que sofrem com a superveniência de lei declarada inconstitucional tem sido objeto de sérias reflexões doutrinárias, pois,

⁴¹⁸ Quanto à prescrição e à decadência, o problema tem difícil solução, uma vez que não recebem tratamento constitucional. Já em relação à coisa julgada aplicam-se à matéria tributária os mesmos argumentos apresentados abaixo acerca da sua relativização. Sobre a prescrição e a decadência confira-se FISCHER, op. cit., p. 220-225.

⁴¹⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, O princípio do enriquecimento sem causa no direito administrativo, **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº. 210, ano.25, p. 33.

⁴²⁰ Op. cit., p. 67.

como reconhece LUÍS ROBERTO BARROSO, “...a segurança jurídica, fundamento nuclear da coisa julgada, é um princípio, como tal, admite ponderações, através do princípio instrumental da proporcionalidade, com outros princípios de igual estatura.”⁴²¹

Desse modo, para a compreensão da possibilidade de manipulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade que alcançariam a coisa julgada, é necessário que se tenha um panorama geral acerca do debate da relativização da coisa julgada inconstitucional. Na seqüência, apresentar-se-ão argumentos doutrinários prós e contra a desconstituição da coisa julgada. Ressalta-se apenas que não se tem como objetivo o exaurimento da questão.

Contra a relativização da coisa julgada inconstitucional, a doutrina levanta argumentos que representam a essência da segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade. Nesse sentido LUIZ GUILHERME MARINONI, afirma que a “tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional, não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio –, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle sobre as situações pretéritas.”⁴²²

Alega ainda o autor que desconstituir a coisa julgada é o mesmo que reconhecer que o Estado-juiz cometeu um erro, o qual poderia ser cometido novamente, pois não se consolidaria. Além disso, aponta que os defensores da relativização argumentam que o fazem em nome da justiça, porém, não dizem o que é justiça e tampouco buscam fundamentos da filosofia para conceituá-la. Assim, frisa que:

é obvio que uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria a ideal. Mas, na sua falta, não há dúvida que se deve manter a atual concepção de coisa julgada, sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores do que as pontuais e rara levantadas pela doutrina. Aliás, a essa mesma conclusão chegou o autor da mais moderna teoria da justiça da atualidade, JOHN RAWLS, quando escreveu que ‘a única coisa que permite que aquiesçamos com uma teoria errônea

⁴²¹ Op. cit., p. 198.

⁴²² MARINONI, L. G. Sobre a “Relativização” da Coisa Julgada Material. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. n° 33. fl.9-38. dez., 2004. p. 23. No mesmo sentido, MOREIRA, J. C. B. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada, RF, 377:43, 2005 e NERY JUNIOR, N. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: Fredie Didier Junior. Relativização da Coisa Julga: enfoque crítico, 2004, p. 134 e ss.

é a carência de uma melhor; analogicamente uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”.⁴²³

O autor destaca ainda que “...na hipótese de efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, o objeto atingido não seria o texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto.” Explica assim a decisão judicial transitada em julgado “...não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula -, *mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal , dando origem à norma jurídica do caso concreto.*” E acrescenta que “...uma decisão pode ser fundada em dois textos legais, mas apenas um ser declarado inconstitucional. Nesse caso como é evidente, nem aquele que aceita a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada pode deixar de ver a absoluta distinção entre a decisão e o texto da lei, admitindo a absoluta intangibilidade da decisão jurisdicional.”⁴²⁴

A inconstitucionalidade sempre foi examinada no âmbito dos atos legislativos e normativos do Poder Executivo, uma vez que o juiz seria apenas a boca da lei, de modo que suas decisões ficavam imunes a qualquer controle. O constitucionalista português PAULO MANOEL CUNHA DA COSTA OTERO, que foi um dos pioneiros na reflexão da coisa julgada inconstitucional, através da obra “Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional” denunciou que a atuação do Poder Judiciário pode gerar ‘situações patológicas’.

Conforme pondera, três são as principais situações em que se pode verificar a coisa julgada inconstitucional”. A) a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional; b) a decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional; c) a decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma com fundamento de que a mesma é inconstitucional sem se verifique qualquer inconstitucionalidade da norma.⁴²⁵

⁴²³ Ibid., p. 36.

⁴²⁴ Op. cit., p. 19.

⁴²⁵ Apud FERRARI, op. cit., p. 344. EDUARDO TALAMINI, elenca hipóteses de sentenças em é possível a formação da coisa julgada inconstitucional: a) Sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional, b) sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição, c) sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma, d) sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais, e) sentença que, embora sem incidir em qualquer das hipótese anteriores, estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional (**A coisa julgada inconstitucional...** p.406-422)

Assim, perante situações como essas, entende que o fato de ser o Poder Judiciário ser competente para realizar o controle de constitucionalidade não o exclui de estar submetido a esse controle, sem que isso signifique qualquer demérito a sua independência.⁴²⁶

No Brasil o conflito entre a coisa julgada e a Constituição ganhou forças a partir de um parecer feito por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR para Procuradoria do Estado de São Paulo. O parecer, acolhido pelo STJ indicava o absurdo da existência de várias sentenças transitadas em julgado obrigando o Poder Público a expropriar mais de uma vez a mesma área, casos em não caberia mais ação rescisória.

Em seguida a MP nº. 2.180-35 acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 do CPC e deu nova redação ao art. 885 § 5º da CLT, tornando inexigível o “título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”. Ou seja, quebrou a autoridade da coisa julgada.⁴²⁷

LUIZ GUILHERME MARIONI, que como visto opõe-se a possibilidade de relativização de coisa julgada, apresenta os principais argumentos utilizados pelos defensores de sua desconstituição. Trata-se de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. Quanto à proporcionalidade, explica o autor que por ser a coisa julgada um valor constitucional, não é regra a sua prevalência sobre outro valor de mesmo grau hierárquico. Com fundamento na legalidade, explica que se alega Estado só pode atuar nos limites da lei, de modo que uma sentença baseada em ilegalidade ou inconstitucionalidade não pode ser protegida. Em relação à instrumentalidade, conta que se defende que um processo somente atingirá seu objetivo quando concretizar ideais de Justiça. Por fim, sintetiza os argumentos da doutrina favorável a relativização da coisa julgada nos seguintes termos: “Admitindo-se que coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho.”⁴²⁸ Nesse sentido, GISELA MARIA BESTER defende que:

⁴²⁶ Apud BESTER, op. cit., p. 494.

⁴²⁷ Ibid. p. 493.

⁴²⁸ Op. cit., p. 11-12.

A relativização do conceito de coisa julgada impõe-se porque não pode o princípio da segurança jurídica que por ela homenageado ser superior ao princípio da supremacia da constituição, que ademais traz a justiça como um de seus valores a ser perseguido (Preâmbulo CF/88). Daí o desafio é conciliar idéias de segurança jurídica e anseios de justiça, donde o absoluto tem que ser o direito, mas o direito justo.⁴²⁹

Por sua vez, JORGE MIRANDA, reconhece a dificuldade de se admitir a desconstituição do caso julgado, no entanto, ressalta que como a garantia assume a forma de princípio constitucional – que em hipótese alguma é absoluto - o que, “em definitivo está vedado é uma lei individual atingir o caso julgado ou qualquer lei afetá-lo sem a mediação de nova decisão judicial.”⁴³⁰

Nesse sentido, destaca-se que o art. 485, inc. IV do CPC autoriza, diante da ofensa a coisa julgada seja, a interposição ação rescisória para desconstituir o julgado no prazo de dois anos contados da decisão. Assim, declara inconstitucional a lei que serve de fundamento para o caso julgado, poderá o ser a decisão desconstituída por via de ação rescisória dentro do prazo de dois anos contados a partir do reconhecimento da invalidade da lei. Inclusive ALFREDO BUZAID, fiel defensor da nulidade da lei inconstitucional, admitiu que todas as situações jurídicas poderiam ser revistas após a declaração de inconstitucionalidade mediante ação rescisória.⁴³¹

O mesmo entendimento por compartilhado por GISELA MARIA BESTER. Segundo a autora, a coisa julgada inconstitucional deve ser questionada através de ação rescisória - no entanto ser necessário observar o prazo de dois anos para a sua interposição - tal como no regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, nos embargos à execução do art. 741 § único do CPC e reconhecida de ofício em controle incidental, com eficácia *ex nunc*, conforme a Lei nº. 9.868/99. Assim, conclui que “a coisa julgada só é intangível se conforme a Constituição”.⁴³²

Para LUÍS ROBERTO BARROSO a coisa julgada poderá ser relativizada apenas quando se estiver perante uma situação de “quase ruptura do sistema”. O autor destaca que a doutrina que admite a relativização da coisa julgada tem sido extremamente liberal, uma vez que se tem admitido a utilização de qualquer via judicial para desfazimento da decisão, sem a nem sequer exigir o prazo decadencial

⁴²⁹ Op. cit., p. 494.

⁴³⁰ Op. cit., p. 259.

⁴³¹ Op. cit., p. 138.

⁴³² Op. cit., p. 494.

de dois anos aplicável às ações rescisórias. Nesse sentido, alerta que “a tese inovadora pode romper com o conhecimento consolidado, precisa, ser afirmada com ímpeto, por vezes até com exagero. O intérprete constitucional, contudo, deverá operar essas idéias sem preconceito, mas com cautela, para não produzir uma indesejável banalização da coisa julgada.”⁴³³

Assim, tem-se admitido a desconstituição do julgado mesmo após o seu trânsito em julgado quando fundado em lei inconstitucional. No mesmo sentido, BARROSO, destaca que, no caso de omissão da aplicação da norma em razão de sua duvidosa constitucionalidade, se a norma vem a ser declarada constitucional, também caberá a rescisória. Destaca ainda que, a Súmula 343 do STF não se aplica aos casos de inconstitucionalidade, de modo que não importa se na época o julgado a constitucionalidade era ou não controvertida.

Em posição contrária, BRUNO MONTEIRO RÊGO entende que a coisa julgada no controle difuso não pode ser modificada por decisões posteriores proferidas no controle abstrato, ou seja, que os efeitos produzidos no plano normando não podem atingir o plano normativo. Assim, não cabe ação rescisória para rescindir julgados proferidos na jurisdição incidental e já transitados em julgado, nem mesmo quando há posterior julgamento em sentido contrário no controle concentrado. Nesse sentido, o autor adverte que “...pensar de modo diferente seria admitir a existência de efeito vinculante para o passado, o que não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro; seria admitir a retroatividade das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado; consistiria em atribuir ao STF o monopólio da interpretação constitucional.”⁴³⁴

Contudo, a desconstituição da coisa julgada através da ação rescisória é pacífica na jurisprudência da Suprema Corte. Já em 1968 o STF declarou que a execução é garantida pela autoridade da coisa julgada formada no título judicial executado – sentença – assim, somente a ação rescisória poderia impedir a execução se julgasse procedente o pedido, isto é desconstituísse a coisa julgada na qual se fundamenta a execução. Nas palavras do Supremo Tribunal a “execução (...) está amparada no respeito à coisa julgada, que se impõe ao Juízo executante,

⁴³³ **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro....** p. 199-200.

⁴³⁴ REGÔ, B. N. de M. Ação Rescisória e a Retroatividade das decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.p. 583.

e que impede que, sobre ela (e até que venha a ser regularmente desconstituída a sentença que lhe deu margem) tenha eficácia o acórdão posterior dessa Corte.”⁴³⁵

Recentemente o STF voltou a afirmar que “...a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via da ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança.”⁴³⁶

Nesse sentido, deixou assente o STF que a decisão judicial transitada em julgado que teve a sua lei suporte declarada inconstitucional só pode ser desconstituída por via de ação rescisória. Assim, transcorrido o prazo decadência para a interposição da ação rescisória, os efeitos da inconstitucionalidade não poderão vir afetar a autoridade da coisa julgada.

A orientação foi seguida pelo STJ, que tem entendido que “...a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de preceito legal no qual se louvara o acórdão rescindendo. Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou aplicá-la por tê-la de acordo com a Carta Magna.”⁴³⁷

Merece relevo ainda o fato de a coisa julgada, por ser uma garantia individual, não poder ser invocada para a defesa do Estado. Nesse sentido GUSTAVO TEPEDINO, defende que “A invencibilidade da coisa julgada decorre das garantias individuais tuteladas, como cláusula pétrea, pelo constituinte. Cuidando-se, ao revés, da pessoa jurídica de Direito Público, nota-se que atos garantias individuais não poderiam ser invocadas, pela evidente diversidade da *ratio* que inspira a proteção individual (do cidadão em relação ao Poder Público, não daquele em face deste).”⁴³⁸

Assim, quando verificada a coisa julgada inconstitucional em prol do Poder Público, não poderá ele defender a manutenção do julgado. Primeiro porque, como dito, a coisa julgada é uma garantia individual dos cidadãos, que obviamente não

⁴³⁵ RE 86.056, Rel. Rodrigues Alckmin, DJ, 1º jul. 1977 e RMS 17.076, Rel. Ministro Amaral Santos, RTJ 55/744 apud. MENDES, Jurisdição Constitucional... p. 337.

⁴³⁶ Apud BARROSO, **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**...p.189.

⁴³⁷ STJ, AR 1.365-SC, Ministro J. Arnaldo. DJU 18/06/2001

⁴³⁸ TEPEDINO, G. Dos efeitos Retroativos da Declaração de Inconstitucionalidade e a Coisa Julgada em favor da Fazenda Pública. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 453.

pode ser invocada contra os seus interesses. E segundo, porque o Estado tem sua atividade balizada pelo princípio da legalidade (art. 37, caput CF/88), de modo que a defesa de uma situação ilegal ou inconstitucional pelo Estado seria uma verdadeira arbitrariedade.

Por fim, das controvérsias doutrinárias acerca da coisa julgada deve-se extrair a seguinte lição dada por EDUARDO TALAMINI: “Na coisa julgada inconstitucional há, sim, a contraposição de valores igualmente constitucionais. E essa colisão não tem como ser resolvida mediante um critério prévio e abstrato de simples relação hierárquica.”⁴³⁹ Ou seja, em nome de uma maior normatividade da Constituição a preservação da coisa julgada somente poderá ser aferida no caso concreto. É necessário verificar caso a caso quais os valores que se contrapõe ao princípio da coisa julgada, e após um juízo de ponderação guiado pelo princípio instrumental da proporcionalidade, definir se a coisa julgada deve preponderar ou não.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado pelo STF quando perante uma hipótese de manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Assim, verificada a inconstitucionalidade, deverá o STF analisar se os casos julgados decorrentes daquela determinada questão devem ser necessariamente preservados diante razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social – declarando a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Ou então, ausentes esses requisitos materiais para a limitação dos efeitos, o STF declararia a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, deixando que o juízo de ponderação entre a coisa julgada e os outros valores constitucionais em conflito seja feito em eventual ação rescisória.

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.

⁴³⁹ P. 390

4.5.3 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E AS SENTENÇAS PENAS TRANSITADAS EM JULGADO

Como visto está instaurado na doutrina uma verdadeira batalha para definir o alcance dos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, por um a lado luta-se pela intangibilidade da coisa julgada sob o argumento de que se trata de um princípio fundamental responsável por sustentar um dos pilares do Estado de Direito. Por outro lado, questiona-se se a tutela dos direitos fundamentais – núcleo essencial que conduz a atividade estatal – pode admitir a sobrevivência de uma decisão judicial fundamentada em lei inconstitucional.

Enquanto o debate se torna cada vez mais árduo – haja vista a existência de argumentos de peso para ambos os lados – há pelo menos um ponto em que toda doutrina e toda jurisprudência são unânimes em aceitar a desconstituição do julgado. Trata-se da coisa julgada inconstitucional que tem caráter punitivo, condenatório.

Embora a coisa julgada seja uma importante fórmula de preclusão, limitando a retroatividade dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, entende-se que as normas de direito penal estão excluídas do seu alcance, uma vez que o art. 5º inc. XL garante o direito fundamental à retroatividade da lei penal mais benéfica para o condenado.⁴⁴⁰

Na realidade, não haveria necessidade de a Constituição trazer uma regra expressa coibindo a coisa julgada inconstitucional em matéria penal, pois na ponderação entre o princípio da coisa julgada e o princípio da legalidade, no Direito Criminal, o último sempre assumirá um valor absoluto, tornando inaceitável a punição de alguém pela prática de suposto ilícito tipificado em legislação inconstitucional e, portanto, desprovido de valor jurídico. Nesse sentido, DANIEL SARMENTO lembra que “...o relevo superior atribuído pela Constituição à liberdade, e a filosofia penal garantista, que se deixam entrever na obra do constituinte, permitem que se conclua, sem sombra de dúvidas, que as decisões no controle de

⁴⁴⁰ CAMPOS FISCHER destaca que “... nunca será possível ao Judiciário manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tema de **sanções administrativas ou penais**. Diante de uma incompatibilidade com o texto da Constituição, a decretação de invalidade sempre deverá ter efeitos ‘ex tunc’.” (sem destaque no original). Op. cit., p. 227.

constitucionalidade que beneficiarem acusados ou condenados terão que forçosamente que retroagir.”⁴⁴¹

Seguindo a orientação dos valores constitucionais, o legislador ordinário previu um instrumento processual para desconstituição da sentença condenatória inconstitucional. Assim, o art. 521 do Código de Processo Penal garante que quando a sentença for contrária a texto expresso da lei penal poderá ser proposta, a qualquer tempo, uma Revisão Criminal. Tal argumento alcança certamente as decisões penais proferidas com fundamento em lei inconstitucional.

Adverte ALEXANDRE DE MORAES que em se quando na época do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei responsável pela condenação, o sentenciado estiver preso, caberá *habeas corpus* para garantir-lhe a liberdade. Ainda lembra que, nos termos do art. 37 § 6º da Constituição, todo aquele que foi condenado criminalmente com base em uma lei inconstitucional, terá direito à indenização do Estado por danos morais e materiais.⁴⁴²

Portanto, o STF nunca poderá manipular os efeitos da inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou limitar os efeitos *ex tunc* em relação às decisões criminais condenatórias transitadas em julgado com base na lei inconstitucional. Os efeitos da inconstitucionalidade em matéria penal sempre serão retroagem a data da publicação da lei, não havendo espaço para a manutenção da coisa julgada penal inconstitucional.

⁴⁴¹ Op. cit., p. 128-129.

⁴⁴² MORAES, **Direito Constitucional**... p. 280-281.

5. A MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORIAS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

O estudo dos institutos jurídicos no direito comparado sempre foi objeto de interesse dos juristas pátrios, influenciando de modo marcante na composição de nosso ordenamento jurídico. Por essa razão, as raízes jurídicas brasileiras não são absolutamente autênticas, mas decorrem, naturalmente, da estruturação política e jurídica de uma ex-colônia e da formação de uma sociedade heterogênea que se caracterizou pelo *gosto pela aparência*⁴⁴³. Ou seja, além das influências históricas, não se pode esquecer que, de acordo com as lições de Sérgio Buarque de Holanda, a construção da sociedade brasileira teve como parâmetro de sofisticação e desenvolvimento tudo aquilo que fosse estrangeiro. Importava-se o modo de fazer negócios, a política, a cultura, a arquitetura e etc. independente de ser adequado para as condições e características naturais e circunstanciais do país. A ciência jurídica não fugiu a essa regra, fazendo com que muitas *idéias estivessem fora do lugar*⁴⁴⁴, que os projetos das sociedades européias e norte-americana fossem transportados para o tropicalismo tupiniquim.

Tendo em vista essa importação deliberada de institutos jurídicos que, não raro, são inadequados para a sociedade brasileira, RONALDO POLLETI, adverte que o direito comparado, deve ser utilizado com temperamento, em especial no Direito Constitucional, pois,

se do ponto de vista científico metodológico, nenhum prejuízo pode causar a comparação entre as Constituições; do ponto de vista da política, como projeto de idéias, como objeto deontológico, elas podem redundar em abstrações inconvenientes, geradoras do distanciamento entre a realidade do país e seu documento jurídico básico. Daí, a possibilidade de transforma-se o Direito Comparado em uma faca de dois gumes. Na verdade, se a importação de uma idéia constitucional não estiver compatibilizada com a realidade nacional, o Direito Comparado pode prejudicar, ao invés de aprimorar a ordem jurídica.⁴⁴⁵

⁴⁴³ SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, em sua obra prima, *Raízes do Brasil*, faz uma análise perfeita da formação da sociedade brasileira, constatando que dentre outras características, o gosto pela aparência foi determinante na escolha dos elementos componentes de nossa sociedade.

⁴⁴⁴ A expressão *idéias fora do lugar* é de ROBERT SCHARWTS, historiador norte-americano que fez um interessantíssimo estudo a respeito da formação da sociedade brasileira, concluindo que, a solução adotada no Brasil para alcançar a modernização e o desenvolvimento, era - e ainda é - a importação das idéias européias e americanas, colocando-as *fora do lugar*, ou seja, no Brasil.

⁴⁴⁵ Op. cit., p. 52.

Entretanto, como alerta o próprio autor, o direito comparado adquire, cada dia mais, uma notável importância. A velocidade tomada pela globalização com o aprimoramento das comunicações deve ser aproveitada para que o estudo do direito comparado ganhe forças e seja um elemento enriquecedor para a construção dos ordenamentos jurídicos e de uma sociedade mais justa.

5.1 PORTUGAL

Como não poderia deixar de ser, o direito português tem uma notável influência nas instituições jurídicas nacionais. No campo do Direito Constitucional, em especial do controle de constitucionalidade, essa influência assume papel de destaque, uma vez que dentre os sistemas de controle de constitucionalidade, o modelo português é o que mais se assemelha ao brasileiro, sendo inegável que a elaboração do sistema pátrio teve grande inspiração no sistema lusitano.

A principal semelhança é a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade misto. Mas como bem lembra FISCHER, a ânsia em sanar as omissões do poder público, também é elemento comum de grande relevância. Há diferença que se destaca é que em Portugal foi instituído o controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Judiciário, o que inexistia no Brasil.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dispõe o art. 282, nº. 1 da Constituição Portuguesa que os efeitos da declaração retroagem desde a entrada em vigor da norma declara inconstitucional ou ilegal, ocorrendo a reprecinação das normas que a norma inconstitucional possa ter, eventualmente revogado. Assim, pode-se afirmar que declaração de inconstitucionalidade gera a nulidade da norma e efeitos *ex tunc*. Os efeitos reprecinatórios também decorrem desse preceito constitucional, fazendo com que a reprecinação seja consequência automática do julgado, independente de haver previsão expressa no acórdão.

Assim, de acordo com o art. 282, nº. 1 e 2, reconhecesse a obrigatoriedade de ser a norma inconstitucional observadas por todos os cidadãos até a decisão judicial em contrário. No entanto, há exceções. REGINA FERRARI ressalta que, conforme o art. 21 da Constituição, nos casos de normas que violem liberdades, direitos e garantias, os cidadãos poderão resistir à observância da lei

inconstitucional. Além disso, a criação de impostos inconstitucionais também é justificativa para o não pagamento dos contribuintes, como adverte o art. 106 n.º. 3. Não se pode esquecer ainda a ressalva quanto à coisa julgada, exceto dos casos penais, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, em que a retroatividade da lei inconstitucional produzirá efeitos benéficos.⁴⁴⁶

Merece destaque a semelhança entre o artigo 282, n.º. 4 da Constituição Portuguesa e o artigo 27 da Lei n.º. 9.868/99. Conforme o dispositivo lusitano, por razões de segurança jurídica, de interesse público de excepcional relevo ou equidade, poderá ser fixado efeitos para as declarações de inconstitucionalidade mais amplos que os previstos nos n.º.1 e 2 do art. 282. Assim, pode haver efeitos *ex nunc* e não serem excluídos os efeitos reprerstrinatórios. É o que CANOTILHO denomina de manipulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade.

Assim como no caso brasileiro, a utilização desse instrumento de manobra da retroatividade enfrenta a problemática da fundamentação adequada, pois sustentar a necessidade de segurança jurídica, a existência de um interesse público de excepcional relevo, ou ainda, a equidade, não é suficiente para autorizar a manipulação dos efeitos temporais. É mister que haja uma profunda fundamentação. Nesse sentido, JORGE MIRANDA, afirma que “a fundamentação tem sempre que existir, seja em nome de segurança jurídica seja em nome de interesse público de excepcional relevo; nem se concebem decisões de tribunais afora as de mero expediente não fundamentadas.”⁴⁴⁷

JORGE MIRANDA destaca-se ainda que, ao contrário do que ocorre no Brasil, em Portugal a manipulação dos efeitos temporais também podem ser aplicada nas da declarações incidentais de inconstitucionalidade, sendo essa hipótese sempre recorrível ao Tribunal Constitucional.⁴⁴⁸

Em relação ao alcance das declarações de inconstitucionalidade, as sentenças têm força obrigatória geral, isto é, possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes. No entanto, vinculam somente quanto à parte dispositiva da sentença e não quanto aos seus fundamentos determinantes. Os efeitos vinculante também se aplicam ao Legislador e ao próprio Tribunal.

⁴⁴⁶ Op. cit., p. 274.

⁴⁴⁷ Op. cit., p. 267

⁴⁴⁸ Ibid., p. 271.

Sobre as técnicas de decisão, CANOTILHO, alerta que a adoção da declaração de lei ainda constitucional “...é uma figura de duvidosa aceitação no direito português, mas com algum sentido útil nos casos de omissão legislativa”⁴⁴⁹, e que “a legitimação para uma declaração de incompatibilidade é discutível, mas os efeitos que se pretende obter com esta declaração podem alcançar-se com a fixação de efeitos mais restritivos expressamente prevista no art. 282 n.º. 4 da CRP.”⁴⁵⁰

Por fim, ressalta-se a possibilidade de transformação da fiscalização concreta em abstrata quando a norma já tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos. Nessa hipótese, a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade terá força obrigatória geral com a mesma eficácia e com os mesmos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido CANOTILHO explica que “trata-se um processo oficioso, cuja iniciativa pertence a qualquer dos juizes do TC [Tribunal constitucional] ou do Ministério Público (...) que promovem a organização do processo com a cópia dos acórdãos de onde consta as decisões de inconstitucionalidade (...) remetendo-o em seguida para o Presidente do Tribunal Constitucional.”⁴⁵¹

5.2 ESPANHA

A Constituição Espanhola não adotou nenhum critério para a determinação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade. FISCHER ensina que a Constituição fez apenas breve menção ao assunto nos art. 161, 1, a e 164, sendo de grande importância prática os arts. 38, 39 e 40 da Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. O art. 39, 1, admite a declaração de inconstitucionalidade gere a nulidade da norma, enquanto o 40, 1 ressalva que será protegida a coisa julgada, exceto em processos penais e contenciosos administrativos que impliquem

⁴⁴⁹ Op. cit., p. 948.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 947.

⁴⁵¹ Ibid., p.1012.

sanções, que façam com que nulidade da norma inconstitucional seja mais benéfica.⁴⁵²

LUÍS ROBETO BARROSO, entende que a própria Constituição Espanhola ressalvou - no art. 116, 'a' - a retroatividade dos efeitos decorrentes de decisões judiciais anteriores já transitadas em julgado, exceção que a jurisprudência tem estendido para outros casos.⁴⁵³

Como ensina RONALDO POLETTI, em 1989, a Corte Espanhola, inspirada na experiência Alemã, passou a adotar a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Ou seja, verificada a inconstitucionalidade da lei, seus efeitos serão *ex nunc*. Preservam-se os efeitos dos atos jurídicos protegidos pela coisa julgada.⁴⁵⁴ O *leading case* espanhol é a famosa Sentença 45⁴⁵⁵, que ao julgar a questão da tributação de renda conjunta para casamentos, rompeu com dogma da nulidade da norma ao reconhecer que não há vinculação necessária entre inconstitucionalidade e nulidade. Percebe-se a importância dessa decisão para o direito espanhol através das palavras de um de seus maiores juristas. De acordo com GARCÍA DE ENTERRÍA

La decisión es importante, em efecto, por su fonfo, la inconstitucionalidad que declara, tema em el cual no parece haberse producido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante mas importante aún por la inovación que ha supuesto en la determinación de los efectos de la inconstitucionalidad, que al fallo remite a lo ' que se indica en el Fundamento undécimo' y este explica como uma eficacia *pro futuro*, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas o de los próprios contribuyentes (autoliquidaciones anteriores).⁴⁵⁶

Contudo, a nulidade da lei inconstitucional permanece como regra e a sua flexibilização continua sendo feita apenas excepcionalmente. Como uma forma de compensar os eventuais danos causados pela declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, FISCHER lembra que, em orientação recente do Tribunal Supremo, nos casos tributários, já albergados pela coisa

⁴⁵² FISCHER, op. cit., p. 159.

⁴⁵³ Op. cit., p. 17.

⁴⁵⁴ POLETTI, op. cit., p. 66.

⁴⁵⁵ "La reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre a inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la 'unidad familiar' matrimonial permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Constitucional, objeto ya multitud de Comentarios periodísticos." (ENTERRÍA, E. G. de. Justicia Constitucional: La Doctrina prospectiva en la Declaración de Ineficacia de las Leyes Inconstitucionales. **Revista de Direito Público**. nº. 92. ano 22. out./dez., 1989. p. 04).

⁴⁵⁶ Id.

julgada, se a lei suporte tiver sido declarada inconstitucional, é possível intentar ação de responsabilidade patrimonial contra o Estado para requer, apenas, os valores pagos indevidamente.

5.3 ITALIA

Na Itália a discussão acerca dos efeitos temporais da inconstitucionalidade é bastante controvertida. De acordo com CAPPELLETTI, o sistema italiano se aproxima do sistema americano porque considera que a inconstitucionalidade é causa de absoluta nulidade, sendo os efeitos da sentença retroativos. No entanto, o autor admite que há elementos do sistema austríaco, uma vez que, *a priori*, os efeitos são *ex tunc*, mas podem ser manipulados como *ex nunc* ou *pro futuro*.⁴⁵⁷

A controvérsia fica evidente quando da leitura do artigo 136 da Constituição italiana, o qual determina que a norma declarada inconstitucional cesse sua eficácia vinte quatro horas após a publicação da decisão. Assim, quando a Corte declara a ilegalidade ou a constitucionalidade de uma disposição de lei, ela deixa de ser eficaz desde o dia seguinte da publicação dessa decisão, preservando-se todos os atos jurídicos constituídos até então.⁴⁵⁸

Perante essa disposição, de acordo com LUÍS ROBERTO BARROSO, a questão é saber até que ponto a regra da retroatividade é válida. Como indica GUSTAVO ZAGREBELSKY, na Itália a retroatividade da lei encontra barreiras, entre as quais as mais comuns estão: a preclusão dos atos processuais, a prescrição, a decadência e o trânsito em julgada⁴⁵⁹. A exceção, como de regra, é a sentença condenatória penal, a qual tem seus efeitos extintos.⁴⁶⁰

Vale destacar ainda que, conforme o autor, que os efeitos *ex tunc*, na realidade, são aplicáveis apenas para o controle concreto.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Op. cit., p.119.

⁴⁵⁸ POLLETTI, op. cit., p. 64.

⁴⁵⁹ Apud PALU, op. cit., p. 171.

⁴⁶⁰ Op. cit., p. 17.

⁴⁶¹ Apud PALU, p.168-169.

5.4 ALEMANHA

Na Alemanha, a regra da nulidade da lei inconstitucional está prevista no parágrafo 79, 1º. período da Lei de Orgânica do Tribunal Constitucional. Apesar da retroatividade da lei não possuir nenhum suporte constitucional, MENDES destaca que, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, à nulidade da norma inconstitucional confere-se a hierarquia de preceito constitucional.⁴⁶² Todavia não se deve esquecer que o art. 100, I da Lei Fundamental faz a diferença entre leis válidas e inválidas, “pressupondo e determinando a invalidade como consequência jurídica do conflito entre lei e Constituição.”⁴⁶³

No entanto, como adverte MENDES, a ausência de uma disciplina constitucional minuciosa para os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, não impediram o Tribunal Constitucional Alemão desenvolvesse complexas técnicas de decisão, como a técnica de interpretação conforme, que é utilizada desde o início dos trabalhos do Tribunal Constitucional. Com o passar do tempo outras técnicas foram sendo desenvolvidas.⁴⁶⁴

O autor destaca que também “a lei do Bundesverfassungsgericht disciplina as decisões para cada tipo de processo. A decisão, todavia, não é determinada pelo tipo de processo, mas pelo objetivo visado. Nos processos de controle de normas propriamente ditos, tem a decisão a mesma natureza, independente de se tratar de uma decisão no processo de controle abstrato, concreto ou de processo de recurso constitucional.”⁴⁶⁵

As consequências da declaração de inconstitucionalidade são previstas no par. 79 da Lei Orgânica do Tribunal. Assim, contra a sentença penal condenatória transitada em julgado, fundada em declara inconstitucional posteriormente, é possível interpor revisão criminal (parag. 79 (1)]. As demais decisões não são suscetíveis de impugnação, ressalvada a possibilidade de lei especial dispõe de maneira diversa 79 (2). Além disso, a execução das decisões fundadas em lei inconstitucional afigura-se ilegítima (79 (2), 2º. e 3º. períodos), podendo ser embargadas nos termos do para. 767 do Código de Processo Civil Alemão.

⁴⁶² Op. cit., p. 255.

⁴⁶³ Id.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 251.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 252

Acrescenta-se ainda que todas as pretensões relativas ao enriquecimento sem causa, fundadas em lei que teve sua nulidade declarada, estão expressamente excluídas (79 (2) 4º. período).⁴⁶⁶

Como afirmado acima a regra é a nulidade com efeitos retroativos, porém a jurisprudência tedesca criou várias alternativas em relação às decisões de inconstitucionalidade, tais como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, declaração parcial de inconstitucionalidade e a interpretação conforme à Constituição, a lei ainda constitucional e o apelo ao legislador.⁴⁶⁷

Quanto às declarações de nulidade destacam-se as seguintes técnicas: **a)** a declaração de nulidade como unidade técnica, em que a nulidade total é constatada na ausência de pressuposto formal; **b)** declaração de nulidade total, a qual ocorre quando os dispositivos possuem interdependência, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade ocorre em virtude de dependência recíproca; **c)** a extensão da declaração de nulidade, pela qual normas não impugnadas são declaradas inconstitucionais pelo mesmo fundamento da norma impugnada. (78, 2º. Período); e **d)** declaração de nulidade parcial, em que a nulidade de um dispositivos não leva a nulidade da lei como um todo.⁴⁶⁸

Dentre essas técnicas destaca-se a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade 31 (2), 2º e 3º e o apelo ao legislador, duas técnicas tipicamente tedescas.

A inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade acabou sendo prevista pelo legislador em 1970 no parágrafo 31 (2), 2.º e 3.º períodos e parag. 79 (1).⁴⁶⁹ Como ensina REGINA FERRARI, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ficou consagrada na decisão sobre a nacionalidade dos filhos dos chamados casamentos mistos, quando se tornou evidente que sem a aplicação da lei inconstitucional provisoriamente surgiria um vácuo legislativo que poderia ser responsável consequências bastante gravosas.⁴⁷⁰

Já o apelo ao legislador, consagrou-se em situações em que a declaração de inconstitucionalidade não era oportuna, mas que o Tribunal poderia

⁴⁶⁶ Ibid., p. 257

⁴⁶⁷ MENDES, **Moreira Alves e o Supremo Tribunal Federal**... p. 174.

⁴⁶⁸ MENDES, **Jurisdição Constitucional**.... p. 269-287.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 252.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 273.

prever que em momento futuro poderia torna-se inconstitucional. Assim, declara-se a constitucionalidade, mas adverte-se a possibilidade de alteração do posicionamento do Tribunal. O apelo ao legislador poderá ocorrer quando houver inadimplemento de dever constitucional de legislar, mudança das situações fáticas e falta de evidência de ofensa à lei inconstitucional.⁴⁷¹

Quanto aos efeitos vinculante, o Tribunal vem entendendo que englobam não apenas as o dispositivo, mas também os fundamentos jurídicos da decisão, uma vez que é o Tribunal quem exerce a função de intérprete da Constituição. No entanto, o Tribunal não está vinculado às suas próprias decisões, podendo alterar a sua jurisprudência, devendo, porém, fixar o momento dessa alteração.

⁴⁷¹ Ibid., p. 297-310.

CONCLUSÃO

A manipulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de ADI suscita um debate quase que inesgotável, uma vez que todos os argumentos contrapostos possuem consistência e peso consideráveis. O equilíbrio da discussão se justifica porque a problemática dos efeitos temporais da inconstitucionalidade situa-se em um ponto delicadíssimo para a ciência jurídica: as diferenças e conseqüências entre a teoria e a sua aplicação prática.

A compreensão do debate acerca dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade requer que, primeiramente, seja definido o que é o vício da inconstitucionalidade e qual é a sanção adequada para saná-lo: a nulidade ou a anulabilidade; pois, a opção por uma ou por outra é fator determinante na produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Desse modo, afirma-se que vício da inconstitucionalidade decorre da ausência de fundamento de validade da lei na norma fundamental — o que é requisito básico para as sociedades que adotam o modelo kelsiniano de ordenamento: escalonado, unitário e harmônico. Assim, verificada a ruptura da ordem jurídica pelo vício da inconstitucionalidade, que atinge o plano da validade da norma, aplica-se a sanção nulidade ou anulabilidade para reconstituir a integralidade do ordenamento.

A nulidade é a sanção mais gravosa e reconhece a inexistência da lei, sendo, por isso, atestada em sentença de natureza declaratória, que retroage para desconstituir todos os efeitos produzidos pela lei inconstitucional — eficácia *ex tunc*. Já a anulabilidade atinge o plano da validade, de modo que será reconhecida por sentença de natureza constitutiva, salvaguardando todos atos realizados sob sua égide, isto é, produzindo apenas efeitos prospectivos — eficácia *ex nunc*.

5. Os fundamentos, teóricos e práticos que conduziram os sistemas de constitucionalidade a adotar como sanção à inconstitucionalidade a nulidade ou a anulabilidade, determinando os efeitos temporais de suas declarações de inconstitucionalidade com a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*, encontram-se na origem e desenvolvimento dos sistemas norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade, pois foi a partir de suas premissas e experiências que se deu a evolução da aplicação dos efeitos temporais.

Para o sistema norte-americano o vício da inconstitucionalidade é punido com a nulidade da norma e, conseqüentemente, com a extirpação do mundo jurídico de todos os efeitos que por ventura tenha produzido. O raciocínio norte-americano — consagrado pela famosa decisão proferida pelo *Chief John Marshall* no caso *Marbury v. Madison* — fundamenta-se, primordialmente, no princípio da supremacia da Constituição. Entendeu-se que não se pode admitir a existência, mesmo que por um curto período de tempo, de uma norma que seja contrária à Constituição. Se assim fosse, ter-se-ia aceitado que a Constituição não é suprema, ou seja, que o sistema suporta a existência de norma contrária à Constituição. Nesse sentido, para o sistema norte-americano a lei contrária à Constituição não é lei, mas uma tentativa de lei. O raciocínio resultada na atribuição de efeitos retroativos para todas as decisões que reconhecerem a lei inconstitucional.

Já no sistema austríaco, criado por Hans Kelsen, a lei inconstitucional tem força jurídica até que seja declarado o vício da inconstitucionalidade pela Corte competente. Desse modo, a sanção que se aplica é a anulabilidade, preservando os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, isto é, gerando apenas efeitos *ex nunc*. De acordo com o sistema austríaco não se pode negar a existência da lei e das conseqüências práticas que tenha produzido, uma vez que até o momento do reconhecimento do vício a lei presumia-se constitucional e, portanto, poderia ter fundamentado diversos atos jurídicos constituídos com boa-fé. Por isso, para o sistema austríaco a inconstitucionalidade é vício que fere a validade da norma sem comprometer a sua existência. Portanto, para o sistema austríaco os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade são, em regra, prospectivos.

No entanto, aplicar apenas a nulidade ou a anulabilidade como se regra fosse, demonstrou-se na prática, tanto para norte-americanos quanto para austríacos, prejudicial para o desenvolvimento da normatividade do texto Constitucional e, principalmente, para a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Por essa razão, apesar de ambos os sistemas manterem a nulidade e a anulabilidade como conseqüência lógica da inconstitucionalidade, a experiência conduziu os sistemas norte-americano e austríaco a flexibilizar suas teorias. Nos Estados Unidos destacaram-se as decisões da Corte de Warren que em nome da tutela dos direitos fundamentais protegeram os efeitos produzidos por norma inconstitucional. Por outro lado, na Áustria surgiram diversas técnicas de decisão

que abriram a oportunidade para que fosse verificado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, qual a sanção proporcionaria mais efetividades para o texto Constitucional, ou seja, a prospectividade deixou de ser a única opção.

As experiências desses sistemas clássicos de controle de constitucionalidade demonstram que a Constituição é um *living document*, sujeito a modificações de seus significados conforme a evolução histórica e as circunstâncias, sendo que em certos momentos e em certos casos, uma regra pode ser conforme ou contrária a Constituição, razão pela qual a relativização das teorias absolutas é uma exigência de ordem prática.

Como no Brasil o nascimento do controle de constitucionalidade foi inspirado no sistema norte-americano, a lei inconstitucional sempre foi considerada nula. A teoria da nulidade da lei, defendida pelo STF e pela doutrina tinha fundamento constitucional. Várias passagens do próprio texto constitucional de 1988 indicam a adoção do princípio da supremacia da Constituição, o que significa proibição expressa de serem tolerados atos legislativos incompatíveis com a Constituição.

Contudo, entende-se que a orientação constitucional da nulidade da lei com ela incompatível não impedia a adoção de soluções diferenciadas para os casos de inconstitucionalidade por omissão e para a preservação do postulado fundamental do Estado de Direito: a segurança jurídica. Acrescente-se a isso que também não há barreiras para a salvaguarda do princípio orientador da Constituição de 1988: a dignidade da pessoa humana.

Embora o STF já tivesse reconhecido algumas fórmulas de preclusão fundadas no princípio da segurança jurídica, a teoria da nulidade ainda prevalecia em sua jurisprudência de forma quase que unânime. Destacou-se nesse período o voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu, no RE nº. 79.343 - BA. Apesar de ter sido um fato isolado, deve-se reconhecer que o voto foi de grande importância, pois pela primeira vez o STF reconheceu a possibilidade de relativizar a nulidade da lei inconstitucional para as relações jurídicas realizadas com boa-fé.

Apesar disso foi necessário um longo tempo para se perceber que a teoria da nulidade da lei inconstitucional nem sempre se apresentava como a opção mais justa e compatível com Constituição. A resistência doutrinária e jurisprudencial para aceitar a flexibilização da retroatividade absoluta da lei inconstitucional só foi mitigada por via da intervenção legislativa. Somente com a inserção do art. 27 da Lei

nº. 9.868/99 que se passou a admitir a manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

A possibilidade de manipulação dos efeitos da sentença que declara a inconstitucionalidade é, sem dúvida, um progresso extraordinário para a evolução do direito brasileiro. Já era tempo de se reconhecer que nada é absoluto e que as relações sociais são muito mais dinâmicas e ricas que as regras jurídicas. A limitação dos efeitos, seja *ex tunc*, *ex nunc*, seja *pro futuro*, é uma importante ferramenta para a construção de um direito constitucional mais efetivo e uma porta para a aplicação da dogmática de um direito constitucional emancipatório.

Apesar da relevância da regra que permite a manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade, a sua introdução na ordem jurídica foi alvo de inúmeras críticas. Por trata-se de lei sobre jurisdição constitucional, e não lei processual, acusa-se a regra de carência de legitimidade formal. Verdade é que a flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser autorizada através de emenda à Constituição.

Em que pese os óbices e receios da doutrina quanto à constitucionalidade e à necessidade do art. 27, não se pode esquecer que as tentativas da jurisprudência do STF de flexibilizar a teoria da nulidade da lei inconstitucional não foram suficientes para que se admitisse no direito brasileiro a manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. A história demonstrou que, salvo raríssimas exceções, ao se confrontar com uma lei inconstitucional, o STF ou preservava a lei inconstitucional no ordenamento por receio das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, ou pior, mantinha-se indiferente a essas conseqüências e declarava, mecanicamente, a inconstitucionalidade, mesmo que isso implicasse a violação de direitos e valores constitucionais. Assim, pode-se imaginar que se essa faculdade não fosse aberta pela via legislativa, continuar-se-ia a predominar o dogma da nulidade da lei inconstitucional, sem que se fizesse qualquer juízo de ponderação com os valores constitucionais freqüentemente atingidos por esse posicionamento ortodoxo.

Não se pode deixar de frisar que, ao menos teoricamente, a permissão para manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade era absolutamente dispensável. A própria ordem constitucional dispunha — e dispõem — de instrumentos que poderiam, com extrema eficiência, restringir os efeitos da

inconstitucionalidade conforme as circunstâncias de cada caso e suas possíveis conseqüências. O cunho principiológico que as normas constitucionais podem assumir, e, em especial, as que versão sobre direitos fundamentais, permite que o intérprete e aplicador do Direito alcance resultados coerentes com as características de cada caso através de um exercício de ponderação dos valores em jogo.

A restrição dos efeitos é competência do STF na aplicação de um direito mais justo. Por isso, acredita-se que a regra do artigo 27 veio apenas confirmar o dever de ponderação já inscrito na ordem constitucional, que é imprescindível para que a finalidade do Direito não seja desvirtuada. Nesse sentido, destaca-se que ausência do artigo 27 até poderia tornar o resultado de ponderação muito mais útil e efetivo, pois à medida que o intérprete estaria desvinculado dos conceitos indeterminados apresentados pela Lei – excepcional interesse social e segurança jurídica – poderia considerar em sua ponderação todos os valores supostamente atingidos, como, por exemplo, a boa-fé e a isonomia. Por outro lado, o introdução do art. 27 proporciona uma certeza maior em relação a atuação do STF, uma vez que os efeitos somente podem ser restringidos apenas quando existente razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”. Ao contrário, sem a norma do artigo 27 não teríamos maiores e mais seguros parâmetros para a aferição da atuação do STF.

Ainda quanto à inserção do artigo 27 na ordem jurídica e a nulidade da lei constitucional, quer-se ressaltar que a ponderação de valores proposta não deverá ser feita entre o princípio da supremacia da Constituição — do qual decorre o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional — e o interesse público ou a segurança jurídica. O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da existência do controle de constitucionalidade, e por isso não pode ser restringindo ou conformado sob pena de se colocar em risco a unidade e a harmonia do sistema.

A ponderação deve ser feita entre os valores em conflito. Entre a norma constitucional violada pela lei inválida e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Desse modo, a ponderação estabelecida pelo art. 27 deverá ocorrer — quando presente uma situação de excepcional interesse social ou razões de segurança jurídica — entre o direito adquirido e a boa-fé do contratante, entre o direito à restituição de um tributo inconstitucional e a saúde financeira dos cofres públicos. Por isso, estabelecer efeitos prospectivos para a

declaração de inconstitucionalidade não significa, necessariamente, a sobreposição de uma lei ordinária à Constituição, mas pode ser resultado de ponderação de valores de mesma hierarquia e dignidade constitucional.

De qualquer modo, uma vez vigente o artigo 27, deverá o STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, mediante um *quorum* de dois terços de seus membros, declarar a inconstitucionalidade da lei aplicando-lhe os seguintes efeitos temporais: *ex nunc* ou *pro futuro*, com ou sem represtinação, e declarar a inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade*

Dentre essas alternativas, as críticas mais contundentes destinam-se aos efeitos *pro futuro*, uma vez que a lei não estabeleceu um limite de tempo para a postergação dos efeitos da lei inconstitucional, gerando assim um estado de insegurança tremendo. Diante dessa possibilidade, sugere-se que a lei permaneça válida pelo mesmo período de tempo que seria necessário para que uma outra lei venha a substituí-la. Assim, para evitar o vazio legislativo, indica-se que o prazo do artigo 64 da Constituição de 1988 seria o limite para a permanência da lei inconstitucional no ordenamento. No entanto, acredita-se que adoção de uma interpretação teleológica e razoável pode definir com mais precisão o tempo que cada lei inconstitucional deve permanecer integrada na ordem jurídica.

Deve-se destacar também a similitude do efeitos *pro futuro* com a aplicação da *lei ainda inconstitucional* e ao *apelo legislador*, técnicas de decisão tedescas que não encontram previsão legal na ordem jurídica brasileira, apesar já terem sido empregadas, equivocadamente, em algumas decisões do STF.

Nos casos em o STF declarou a *lei ainda constitucional*, a norma já era flagrantemente inconstitucional. Nessa situação, o STF teria apenas preferido preservar, ao menos por um período, a lei no ordenamento jurídico a fim de evitar maiores prejuízos. Para essa finalidade, seria mais adequada a declaração de inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade*, já que essa reconheceria a inconstitucionalidade sem que isso implicasse nulidade.

A técnica da *lei ainda constitucional* e do *apelo ao legislador* seria perfeitamente possível no ordenamento jurídico pátrio, porém, sofreria a mesma crítica que a adoção dos efeitos *pro futuro* caso não fosse estabelecido um prazo para que o *apelo ao legislador* fosse cumprido. Isto é, quando o STF remetesse ao Congresso Nacional uma notificação explicando a necessidade de ser elaborada

uma nova lei, seria preciso que lhe fosse concedido prazo certo para que legislasse sobre a matéria, sob pena de o *apelo ao legislador* tornar-se tão inútil quando a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Ainda, registre-se que ao autorizar a declarada inconstitucionalidade *sem pronúncia de nulidade*, o artigo 27 proporciona ao sistema de controle constitucionalidade um mecanismo eficaz para os casos de inconstitucionalidade por omissão, para a efetivação da isonomia e para a manutenção de benefícios que apesar de inconstitucionais são menos prejudiciais que sua ausência completa – como é o caso do salário mínimo.

Quanto à represtinação, acredita-se que Lei nº. 9.868/99 apenas expressou um raciocínio que decorre naturalmente do conceito de inconstitucionalidade, qual seja: lei inconstitucional é lei inválida e não produz efeitos, assim, também não foi capaz de revogar a lei anterior. É interessante observar que se outorgou ao STF a faculdade de restringir esse efeito intrínseco da inconstitucionalidade, o que é coerente com a nova possibilidade de flexibilizar a nulidade da lei inconstitucional com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Havendo a ocorrência de uma dessas duas possibilidades, a lei inconstitucional sobreviverá até a o declaração de seu vício (eficácia *ex nunc*) ou até o momento posterior fixado pelo Tribunal (eficácia *pro futuro*), de modo que a represtinação deverá ser manipulada para que a lei anterior retorne ao ordenamento somente após a declaração da inconstitucionalidade.

Ou seja, é possível que entre a lei represtinada e a lei declarada inconstitucional, exista um espaço no qual a lei reconhecidamente inválida continuará regendo as relações jurídicas constituídas sob sua égide. Assim, o efeito represtinatório quando admitido nas declarações de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* e *ex tunc*, irá dar um verdadeiro salto no tempo, contrariando a sua regra clássica que entende que a lei revogada por norma inconstitucional nunca deixou vigorar.

Outra inovação da Lei nº. 9.868/99 que chama a atenção e produz conseqüências na determinação dos efeitos temporais, é a extensão do efeito vinculante da ADC à ADI, confirmando de uma vez por todas a ambivalência entre as ações. Como conseqüência imediata a ADI passa a produzir efeitos vinculantes nos termos do art. 28 e as decisões proferidas em ADC podem ter seus efeitos temporais manipulados conforme a regra do art. 27.

No que tange a ambivalência das ações, admitir que indeferimento da ADC equivale à uma decisão ao deferimento da ADI, ou seja, que atesta a inconstitucionalidade não gera maiores transtornos. Todavia, aceitar que a decisão que indefere a ADI seja equivalente a uma declaração de constitucionalidade nos moldes da proferida em ADC pode gerar uma situação complexa. Uma vez que as decisões que indeferem a ADI afirmam a constitucionalidade da lei questionada, tal lei passa a ser vinculante para todo o Poder Executivo e para os demais órgãos do Poder Judiciário. Com isso, a lei que não foi declarada inconstitucional em ADI passa a ter uma espécie de certificado de validade, obrigando a sua aplicação independente das peculiaridades fáticas. A situação torna-se ainda mais problemática se considerarmos o volume de ADIs que chegam ao STF; dentre as quais muitas são indeferidas sem a análise de seu mérito.

Quanto à extensão do efeito vinculante à ADI aos demais órgãos do Judiciário e ao Executivo, acredita-se que, se por um lado garantem a segurança jurídica, e assim a certeza de qual direito será aplicado nas relações jurídicas futuras, tem, por outro lado, o inconveniente de ser um obstáculo para a evolução da jurisdição constitucional e, principalmente, do controle de constitucionalidade difuso. Por isso, deve a doutrina e a jurisprudência, manterem-se alertas em relação à aplicação do efeito vinculante, para que uma ferramenta de segurança não venha a ser um empecilho para o desenvolvimento do direito constitucional. O avanço dado pela Lei nº. 9.868/99 ao mitigar o dogma da nulidade da lei inconstitucional não pode ser subtraído pela aplicação mecânica e incondicional do efeito vinculante.

Acerca dos efeitos temporais proferidos em sede de liminar, pode-se concluir que a legislação seguiu a orientação jurisprudencial do STF, que há muito já vinha concedendo liminares com efeitos, em regra, *ex nunc*. A novidade ficou para o plano dos efeitos vinculantes das liminares, as quais a partir da Lei nº. 9.868/99 passaram a “avocar” as causas em que a lei declarada inconstitucional em sede de liminar é objeto de outras causas perante o Poder Judiciário.

Portanto, após as Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99, se consolidou no direito brasileiro a flexibilização dos efeitos temporais das decisões proferidas pelo sistema de controle abstrato de constitucionalidade. Dessa forma, tanto a ADI, ADC como a ADPF passaram a admitir uma exceção à regra da retroatividade dos efeitos de suas decisões desde que preenchidos os requisitos formais e materiais do art. 27 e 11,

respectivamente. Além disso, não se pode deixar de ressaltar que também o efeito vinculante tornou-se aplicável as três ações.

Em relação aos limites materiais apresentados pelo art. 27 algumas considerações merecem destaque. Primeiramente, adverte-se que por serem conceitos jurídicos indeterminados exigem uma dose redobrada de cautela por parte do intérprete. Todavia, é justamente essa característica marcante dos conceitos que o tornam uma importante ferramenta para a perseguição de uma decisão mais justa e compatível com a realidade fática. Os benefícios do emprego dos conceitos jurídicos indeterminados dependem, essencialmente, da vinculação de sua concretização com o conteúdo constitucional.

Ao eleger a segurança jurídica como um dos pressupostos para a manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, o legislador evidenciou sua preocupação com a preservação dos alicerces do Estado de Direito, bem como com a manutenção de um sistema jurídico compatível com as exigências de uma economia de mercado. A importância do princípio da segurança conduziu a uma sofisticação de idéias da qual nasceu um sub-princípio de extrema relevância: o princípio da proteção da confiança, qual também deverá ser considerado para ponderar a necessidade de restrição dos efeitos temporais.

Já a escolha do “excepcional interesse social” como critério autorizativo da manipulação dos efeitos temporais se é, por um lado, sinal de perigo em virtude da dificuldade de precisar o seu conteúdo, por outro lado, pode ter uma aplicação interessantíssima se bem fundamentada. As limitações práticas do “excepcional interesse social” são vistas sob dois aspectos. Questiona-se como identificar uma situação excepcional e em que consiste a idéia de interesse social. Quanto à primeira questão, a solução para o reconhecimento da legitimidade da aplicação do conceito ocorre, impreterivelmente, mediante uma boa fundamentação. Já em relação à problemática do interesse social, sugere-se que sua configuração apóie-se no arsenal teórico desenvolvido acerca do interesse público. Afinal, como bem se sabe, é a realização do interesse público a razão de ser do Estado.

O interesse público que deve dar sustento à idéia de interesse social, é o interesse público consagrado como aquele interesse que representa o núcleo essencial da Constituição: os direitos fundamentais. Portanto, o excepcional

interesse social deve ser reconhecido, definitivamente, como uma representação genérica dos direitos fundamentais, de modo que o STF deve observar quando a restrição dos efeitos temporais visa o aumento da normatividade da Constituição e quando a restrição pode representar a consecução de um interesse político, individual ou egoístico.

Por esses motivos, é preciso que não se tenha dúvidas quanto à natureza da competência do STF para a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Apesar do caráter aberto e principiológico das normas constitucionais, bem como da natureza política dos direitos fundamentais, não se pode afirmar que a faculdade de restringir os efeitos das decisões de inconstitucionalidade evidencia a atuação política do STF.

Sabe-se que um certo grau de politização da justiça é requisito para a efetivação da ordem jurídico-constitucional. No entanto, isso não significa que o legislador tenha concedido ao juiz, por meio do art. 27, um espaço de discricionariedade, até porque, como visto, os conceitos jurídicos indeterminados excepcional interesse social e segurança jurídica não são cartas em branco, mas conceitos jurídicos de conteúdo riquíssimo e de grande valia para o alcance de decisões mais justas.

Não se pode negar que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade manifesta o exercício de um poder, que como todo poder, tem como característica um juízo político. Porém, não há como se afirmar, diante dos requisitos materiais do art. 27, que o STF está atuando em uma área ilimitada, típica do exercício da função legislativa. Mas muito pelo contrário, a densidade normativa desses conceitos e o dever de fundamentação das decisões indicam que o Tribunal está absolutamente vinculado à averiguação da situação indicada pelos requisitos segurança jurídica e excepcional interesse social.

Outro ponto em que se deve ter especial atenção quando da manipulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade é a diferença das conseqüências da decisão no plano normado e no plano normativo. A idéia essencial é que os atos protegidos pelas fórmulas de preclusão não sejam modificados pelos efeitos da inconstitucionalidade. A imposição legal da proteção dos atos singulares consolidados contra os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade é um mecanismo que ressalta da própria ordem constitucional, uma vez que é fundamento

do Estado de Direito a existência de mínimo de certeza nas situações jurídicas já consolidadas.

Percebe-se assim que a alteração produzida na ordem jurídica pelo efeito *ex tunc* deve ser distinguida da modificação que os mesmos efeitos produzem nas situações jurídicas concretas, sob pena de serem atingidos outros valores constitucionais que tutelam os atos consolidados legitimamente. Portanto, deve haver diferença entre as consequências produzidas pela declaração de inconstitucionalidade no plano normado e no plano normativo. A dificuldade será identificar quais as situações do plano normado, ou seja, quais as relações jurídicas já constituídas que estarão imunes aos efeitos *ex tunc* produzidos no plano normativo. De regra, indica-se que os atos que não são afetados pelos efeitos *ex tunc* são aqueles protegidos pelas chamadas *fórmulas de preclusão*. Entende-se que além das fórmulas de preclusão, também a materialização de um direito fundamental deve ser motivo para tornar o ato imune aos efeitos *ex tunc* produzidos no plano normativo.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é o instrumento mais poderoso que a ordem jurídica dispõe para a tutela dos direitos fundamentais, uma vez que esses nascem do trabalho do constituinte originário e não podem ficar à mercê do legislador. Desse modo, diante da gigantesca responsabilidade que recai sobre os órgãos que atuam na jurisdição constitucional, é essencial que a criatividade dos intérpretes da Constituição atue no sentido de desenvolver técnicas de decisão que tutelem os direitos fundamentais em sua plenitude, concretizando assim a vontade constitucional.

Nesse sentido, acredita-se que foi exatamente com o intuito de conceder maior proteção para os direitos fundamentais eventualmente atingidos pela declaração de inconstitucionalidade, que o legislador flexibilizou o dogma da nulidade da lei inconstitucional, inserindo no artigo 27 uma permissão e um método para a manipulação dos efeitos temporais das sentenças proferidas em sede de ADI e ADC.

Assim, não restam dúvidas de que o art. 27 é uma norma que está em perfeita harmonia com a Constituição, pois o resultado de sua aplicação prática busca ressaltar os valores fundamentais albergados pelo texto constitucional. Ademais, destaca-se que o art. 27 tem uma função instrumental, pois indica ao

intérprete o caminho da ponderação que o conduzirá à conclusão de qual efeito temporal da declaração de inconstitucionalidade será mais adequado para a tutela dos valores constitucionais.

Por isso, saber se em determinado caso será mais ofensivo aos direitos fundamentais declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*, é possível apenas através de uma ponderação guiada pelo princípio da proporcionalidade. Ressalta-se que não cabe argumentar que a ponderação conduz uma incerteza quanto ao direito aplicável, pois a superação do positivismo indica que eventual prejuízo à previsibilidade das decisões, é retribuído com a consolidação de um Direito Constitucional mais justo e efetivo.

Caberá ao STF ponderar se, em certas hipóteses, os direitos que justificam a atribuição de efeitos *ex tunc* não deverão ceder perante outros valores constitucionais também relevantes, como a dignidade da pessoa humana, boa-fé, isonomia e etc. - que reclamam tutela em nome da segurança jurídica ou do excepcional interesse social.

Em última análise, dever-se afirmar que o art. 27 é, ao mesmo tempo, perigoso e precioso. Ao passo que pode dar margens à arbitrariedade e politização da justiça, também pode se configurar como um importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais e efetividade da Constituição. Deve-se ter claro que o a manipulação dos efeitos de inconstitucionalidade somente será uma técnica de decisão compatível com os fins a que se propõe se o controle de constitucionalidade se for utilizado com um único objetivo: garantir - através da ponderação dos valores constitucionais em conflito - que direitos fundamentais não serão violados em decorrência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O desenvolvimento de técnicas de decisão de inconstitucionalidade que determinem efeitos temporais afinados com as circunstâncias fáticas é uma tendência que pode ser verificada em diversos ordenamentos jurídicos. Percebe-se que cada vez mais os esforços da doutrina, da jurisprudência e da legislação são no sentido de construir soluções jurídicas capazes de serem transportadas para o plano prático com perfeição, sem lesionar outros elementos que se inter-relacionam, de forma especial os direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, R. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1953.

ARAGÃO, E. M.de. Poder de Iniciativa e Inconstitucionalidade da Lei. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, vol.64. p. 338. abr./jun.1961.

BANDEIRO DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. O princípio do enriquecimento sem causa no direito administrativo, **Revista de Direito Administrativo – RDA**. nº. 210. ano.25, p. 25-35.

BARACHO, J. A. O. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. Saraiva. São Paulo, 2006.

_____. A Segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo. In: _____. **Temas de Direito Constitucional**. fls. 49-72. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BESTER, G.M. **Direito Constitucional, vol. 1: Fundamentos Teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.

BINENBOJM, G. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Novos Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2006, 393 f. Tese. (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

BITTENCOURT, L. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, 2^a. ed. atual. José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BUSTAMANTE, T. da R. A Lei n°. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética. n° 59. ago., 2000.

BUZAID, A. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 1958.

CAMPOS, F. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1942.

CASTRO, C. R. S. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das Leis n°.9.868 e 9.882/99. In: Daniel Sarmento. **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V. **A Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3^a. ed.Coimbra: Coimbra Editora. 1993.

CAPPELLETTI, M. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2^a ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, C. M. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2^a. ed. 2^o. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

_____. Crédito-prêmio do IPI - eventual mudança de orientação jurisprudencial e princípio constitucional da segurança jurídica. In: **Revista Interesse Público**, n° 27, fls.136-157 Notadez: Porto Alegre, 2004.

_____. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e sobre os atos singulares praticados sob a sua égide. In:

Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 19, fl. 78-104, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997.

COOLEY, T. **Os Princípios do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

Decisões Constitucionais de Marshall. Trad. de: Américo Lobbo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

ENTERRÍA, E. G. de. Justicia Constitucional: La Doctrina prospectiva en la Declaración de Ineficacia de las Leyes Inconstitucionales. **Revista de Derecho Público**. nº. 92. ano 22. out./dez., 1989.

FERRARI, R.M. M. N., **A Eficácia das Decisões de Inconstitucionalidade**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA FILHO, M. G. O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações do Controle de Constitucionalidade (Lei.n. 9.868, de novembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo. vol. 220. p. 01. abr./jun.2000

FISCHER, O.C. **A Manipulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade e Alguns Reflexos no Direito Tributário**. Curitiba, 2002. 250 f Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná.

HÄRBELE, P. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de: João Baptista Machado. 2ª. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1987.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, H. B. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº 57. fls. 72-87. jun., 2000.

MARINONI, L. G. Sobre a “Relativização” da Coisa Julgada Material. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. n° 33. fl.9-38. dez., 2004.

MARTINS, I. G. e MENDES, G. F. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARQUES NETO, F. P. de A. **A Republicização do Estado e os Interesses Públicos**. Tese de doutoramento apresentada ao departamento de direito do Estado da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

MELLO, M. B. de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, G. F. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade Como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade. In: MARTINS, I. G. **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. **Controle de Constitucionalidade**. - Aspectos Políticos e Jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 333.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Processo de Controle de Constitucionalidade das Normas. In:_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. Tribunal Constitucional Alemão – O apelo ao legislador – “Appellentscheidung” – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Direito Público**. n. 99, ano 25, jul/set., 2001. p. 36.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV.** 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 06-07.

_____. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 209.

_____. Os Tipos de Decisões na Fiscalização de Constitucionalidade, **Interesse Público.** Notadez, Ano 5, n. 18 março/abril, Porto Alegre. 2003.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** 17ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional Brasileira – Garantia Suprema da Constituição.** São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NEVES, M. **A Teoria da Inconstitucionalidade das Leis.** São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVAES, J. R. **As restrições dos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003.

PALU, O. L. **Controle de Constitucionalidade – conceitos, sistemas e efeitos.** 2ª. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

POLETTI, R. **O Controle de Constitucionalidade das Leis,** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 69: art. 32-117.** Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REGÔ, B. N. de M. **Ação Rescisória e a Retroatividade das decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

RIVERA. Reinaldo Chaves. Ação direta de Inconstitucionalidade – efeitos – a cobrança de contribuição previdenciária dos agroindustriais. In: **Revista Dialética de Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, nº. 32, 1988.

ROCHA, C. L. A. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1991.

SARLET, I. W. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: ROTHENBURG, W. C.; TAVERES, A. R., **Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental: análises à luz da Lei 9882**. São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, D. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. In: _____, **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, A. do C. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, nº 06, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

SUNDFELD, C. A. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direito constitucionais. In: **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez. nº 28. nov./dez., 2004

TÁCITO, C. Anulação de leis inconstitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 59, jan.-mar., 1960.

TALAMINI, E. A Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**. Saraiva. São Paulo. 2001.

TEPEDINO, G. Dos efeitos Retroativos da Declaração de Inconstitucionalidade e a Coisa Julgada em favor da Fazenda Pública. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILANOVA, L. A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público – RDP**. nº. 57/58. fls. 39-59. jan./jun., 1981.

ZAVASKI, T. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.